

ADRIANE CRISTINE KOHL

**O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO: O
ALARGAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA E
CONCENTRADA**

CURITIBA

2010

ADRIANE CRISTINE KOHL

**O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO: O
ALARGAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA E
CONCENTRADA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito no curso de Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève.

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

“Retém a instrução e não a largues;
guarda-a, porque ela é a tua vida.” (Livro
da Bíblia – Provérbios 4:13)

Agradecimentos

Este trabalho não teria chegado a termo se não fosse o apoio e a paciência de determinadas pessoas.

Primeiramente agradeço àqueles que sempre estiveram ao meu lado e que são os responsáveis por todas as minhas conquistas: meus pais Martinho e Dilma, por todas as oportunidades, pelo amor e pelo incentivo.

Ao meu irmão César, por fazer parte da minha vida.

Não posso deixar de agradecer a minha amiga Isabela Cristina de Oliveira, presente que a vida me deu, que além do incentivo dado durante todos os anos da graduação, me inspira como pessoa e como profissional.

Ao Rodrigo Luiz Chiamulera, que sempre acreditou em mim, por todo amor, compreensão, paciência e, principalmente, por me ajudar a entender como o mundo pode ser mais leve e descomplicado.

Ao Professor Clèmerson Merlin Clève, pela oportunidade de orientação e pela oferta de todos os mecanismos necessários para a conclusão deste trabalho.

À Ana Lúcia Pretto Pereira, exemplo de profissional, por toda a paciência, pelo tempo dedicado às minhas incertezas e por colaborar com a concretização de todas estas páginas.

À Nicole P. da S. Mader Gonçalves, pela ajuda inicial que foi imprescindível para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Alisson Marugal, pelo apoio ao longo da graduação, pelas reflexões sobre a vida e sobre o Direito.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	01
1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	
1.1 O modelo americano: controle concreto.....	03
1.2 O modelo austríaco: controle abstrato.....	05
1.3 O modelo brasileiro	
1.3.1 O desenvolvimento da fiscalização de constitucionalidade brasileira: da Constituição Imperial à Constituição de 1967/69.....	07
1.3.2 A Constituição de 1988 e o novo perfil do controle de constitucionalidade brasileiro.....	11
2. O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO: O ALARGAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA E CONCENTRADA.	
2.1 Os novos delineamentos da fiscalização de constitucionalidade após a Carta de 1988.....	13
2.1.1 Inovações legislativas	
2.1.1.1 A Lei n. 9.756/98 e a restrição à reserva de plenário.....	15
2.1.1.2 A participação do <i>amicus curiae</i> para além do controle abstrato.....	20
2.1.1.3 O recurso extraordinário e a repercussão geral.....	25
2.1.1.4 Breves anotações sobre a súmula vinculante no contexto da jurisdição constitucional.....	30
2.1.2 Inovações jurisprudenciais	
2.1.2.1 A nova feição do recurso extraordinário a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	37
2.1.2.2 A releitura do instituto da suspensão senatorial no atual contexto do controle de constitucionalidade.....	41
2.1.2.3 A possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle difuso.....	47
3. CASOS REFERENCIAIS NA TENDÊNCIA DE DILAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA.	

3.1 Recurso Extraordinário n. 197.917-8/SP: O caso do Município de Mira Estrela.....	56
3.2 Reclamação n. 4335-5/AC: O papel do Senado Federal pela perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	72

RESUMO

No cenário da jurisdição constitucional, no que tange ao controle de constitucionalidade, tem recebido certo destaque a teoria da abstrativização do controle concreto. Essa teoria consiste em uma tendência de alargamento da fiscalização abstrata e concentrada em detrimento do controle de constitucionalidade concreto e difuso. A restrição do âmbito de alcance do controle de constitucionalidade difuso e concreto está alicerçada em inovações legislativas e jurisprudenciais, principalmente do Supremo Tribunal Federal. Nesta seara, o presente trabalho visa abarcar, de modo panorâmico, as principais inovações percebidas no contexto da fiscalização da constitucionalidade. Assim, como para a compreensão do fenômeno da abstrativização, é necessário compreender os instrumentos legislativos e jurisprudenciais que tem contribuído para a construção deste novo quadro de dilação da fiscalização de constitucionalidade abstrata e concentrada, estudar-se-ão os principais contornos destes mecanismos e de que modo eles contribuem para o atual delineamento do controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: jurisdição constitucional - teoria da abstrativização do controle concreto - inovações legislativas e jurisprudenciais.

INTRODUÇÃO

Na jurisdição constitucional brasileira o controle de constitucionalidade é fruto de uma combinação complexa que faz conviver dois sistemas distintos de fiscalização jurisdicional quanto à adequação dos atos jurídicos à Constituição: o difuso e o concentrado.

Por um lado, há o sistema difuso, importado do direito americano, que é um modelo judicial de fiscalização em que todos os órgãos do Poder Judiciário podem e devem se manifestar sobre a constitucionalidade das leis a partir de um caso concreto. Em contrapartida, constata-se o sistema concentrado, de matriz européia e idealizado por Hans Kelsen, em que o controle é político, pois a fiscalização da constitucionalidade é feita *in abstracto* através de ações diretas a uma Corte Constitucional, cuja composição se dá por critérios de escolha política.

Neste contexto de sistema misto de controle de constitucionalidade, verifica-se na jurisdição constitucional brasileira uma tendência de alteração do modelo difuso uma vez que tal categoria de fiscalização encontra-se permeada de mecanismos que a aproximam do modelo concentrado.

Por essa razão, esse trabalho escolhe fazer um primeiro recorte no objeto do estudo – o controle de constitucionalidade – a partir da análise dos modelos de controle que configuram o sistema de fiscalização brasileiro, apresentado, de modo breve, o delineamento histórico dessas categorias, identificando as principais características e os elementos que os diferenciam.

Feito este exame preliminar, passar-se-á a estudar a influência destes dois modelos na formação mista do controle de constitucionalidade brasileiro, e, então, será feita uma análise sintética acerca das peculiaridades que compõe a fiscalização de constitucionalidade brasileira.

Superada esta exposição inicial, o passo fundamental para tratar a questão cerne do trabalho – a aproximação do controle difuso em direção do controle concentrado – é compreender os diversos mecanismos criados a partir da Constituição de 1988 que têm deixado o controle difuso com uma configuração que o traz mais para perto do controle concentrado, o que os doutrinadores chamam de alargamento da fiscalização concentrada.

Portanto, o objetivo do presente estudo é tratar o estreitamento do controle difuso a partir de um conjunto de mecanismos legislativos e jurisprudenciais, vale

dizer, o propósito é a investigação de instrumentos que têm corroborado para a perda de características elementares do modelo difuso.

Como a aproximação desses dois modelos é oriunda, em parte, da jurisprudência, o trabalho finaliza-se com a análises jurisprudenciais em que se constata a incidência dos mecanismos que contribuem para a dilatação da fiscalização abstrata.

A importância de se estudar o tema abarcado neste trabalho reside em compreender as implicações desta tendência de abstrativização do controle concreto no estudo da jurisdição constitucional brasileira, mais especificamente, no controle de constitucionalidade.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1. Modelo americano: o controle concreto.

O modelo americano de fiscalização da constitucionalidade é o do controle exercido pelo Judiciário. Nesta seara o controle é difuso, pois é aplicado no curso de uma demanda por qualquer juiz ou tribunal. Ainda que qualquer órgão jurisdicional seja competente para controlar a constitucionalidade das leis, a *Supreme Court* americana detém um papel determinante uma vez que, em virtude do princípio do *stare decisis* que dá eficácia vinculante a todas as decisões da Corte, ela pronuncia o posicionamento final das questões constitucionais.¹

Este sistema de fiscalização formalizou-se em 1803, com a decisão proferida pelo *Chief Justice* John Marshall no célebre caso *William Marbury v. James Madison*.² A desavença foi iniciada quando William Marbury foi nomeado pelo presidente John Adams para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. Como o mandato do Presidente Adams terminou um pouco antes da nomeação, não houve tempo hábil para a posse de Marbury ao cargo. Na seqüência, quando Thomas Jefferson assumiu a Presidência dos Estados Unidos, ele orientou o seu Secretário de Estado, James Madison a negar posse a Marbury. Inconformado com este abuso, Marbury recorreu à Suprema Corte a fim de que fosse determinado o seu empossamento.

Diante deste dilema, John Marshall emitiu *decisum* paradigmático que legou para o mundo as bases do controle difuso de normas, como bem sintetiza Luis Roberto Barroso:

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

² Importante destacar que a idéia de controle difuso não nasceu no referido caso. Além de existir alguns precedentes identificáveis em períodos diversos da história, tal como na Antiguidade, a idéia central de controle de constitucionalidade como um mecanismo destinado a proteger a Constituição, estava sendo semeada desde o período colonial. Como exemplo dessa situação, deve-se lembrar da doutrina inglesa desenvolvida pelo Sir. Edward Coke para o *commom law*, aplicada na Inglaterra e em suas colônias durante o séc. XVII. (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 60.)

Ao expor suas razões, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar, *a supremacia da Constituição*: 'Todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação'. Em segundo lugar e como consequência natural da premissa estabelecida, afirmou *a nulidade da lei que contrarie a Constituição*: 'Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo'. E, por fim, o ponto mais controvertido de sua decisão, ao afirmar que *é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição*: 'É enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis. Se a lei estiver em oposição à constituição a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, a constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos se aplicam'.³

Destarte, neste veredicto John Marshall interpretou e desenvolveu a Constituição americana, num exercício de construção constitucional, estabelecendo a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade das maiorias legislativas e a competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham.⁴

A partir disso, o modelo norte-americano de fiscalização da constitucionalidade é caracterizado como difuso, incidental e concreto. É um controle difuso, pois, como já foi dito, se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e a não aplicação ao caso concreto. Ademais, é incidental posto que a questão constitucional não é o cerne da lide, ou seja, é uma questão prejudicial em que para a decisão final é necessário analisar preliminarmente a constitucionalidade da lei. E, por fim, é concreto porque pressupõe um conflito efetivo e não meramente potencial, *in abstracto*.⁵

Assim, no sistema americano inexistia uma modalidade de controle alheia ao conflito de interesse entre as partes, de modo que, além de a lei declarada

³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 8.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 114.

⁵ É importante não confundir o controle por via incidental (efetuado com base em um caso concreto) e o controle difuso (realizado por qualquer juiz ou tribunal no exercício da jurisdição). Como assinala Luís Roberto Barroso: "no Brasil, como regra, eles se superpõem, sendo que desde o início da República o controle incidental é exercido de modo difuso. Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999, cujas potencialidades ainda não foram integralmente exploradas, passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado." (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 50.)

inconstitucional no caso concreto não desaparecer da ordem jurídica, a decisão proferida resulta em efeitos somente *inter partes*.

É preciso destacar ainda que ante o caso concreto em que se discute incidentalmente a constitucionalidade de uma lei, os efeitos deste *decisum* retroagem, somente para as partes, à data da edição da lei, ou seja, a eficácia neste modelo de fiscalização é *ex tunc*.

1.2. Modelo austríaco: o controle abstrato.

O modelo de fiscalização europeu é baseado em premissas jurídicas diversas daquelas que prevaleceram nos Estados Unidos.

No início do século XX praticamente inexistia na Europa Continental um método de controle de constitucionalidade de leis. Na Áustria, o Parlamento detinha uma posição de supremacia, de sorte que, por ser a lei uma expressão da soberania popular, não era possível que qualquer órgão estatal, nem mesmo o Judiciário, questionasse a sua legitimidade.⁶

Hans Kelsen foi quem introduziu a fiscalização de constitucionalidade na Europa, por meio da Constituição da Áustria de 1920 que foi aperfeiçoada com a reforma constitucional de 1929. Para este doutrinador, o controle de constitucionalidade, por deter uma função constitucional, consistiria numa atividade legislativa negativa e não em um exercício judicial. Este posicionamento restritivo da atuação do Judiciário está fundamentado na idéia de evitar um governo de juízes, de modo que, ao restringir a atuação dos juízes na aplicação das leis, intentava-se subjugar a jurisdição ao Parlamento.⁷

Ao pensar este modelo⁸, Kelsen idealizou a efetivação da fiscalização de constitucionalidade na forma concentrada através de um tribunal constitucional e considerou que quando uma lei contraria a Constituição ela permanece válida até que a corte decida pronunciar a sua inconstitucionalidade. Vale dizer, a lei

⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 67.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 19.

⁸ Kelsen criou este modelo de fiscalização concentrada induzido por duas razões fático-jurídicas: a) a inexistência de *stare decisis* nos sistemas judiciais europeus continentais; b) a existência de magistratura de carreira para a composição dos tribunais. (*Ibidem*, p. 48.)

inconstitucional não seria nula, mas anulável, de maneira que os juízes e tribunais somente poderiam deixar de aplicá-la quando a decisão da corte a retirassem do mundo jurídico. Daí o *decisum* que reconhece a inconstitucionalidade ter natureza constitutiva negativa. Outrossim, ao contrário do que propõe o modelo norte-americano, no sistema idealizado na Áustria a eficácia da decisão seria *ex nunc*, ou seja, não retroage ao momento de nascimento da lei.

Ao sustentar a anulabilidade da lei, o modelo austríaco busca priorizar a segurança jurídica, pois garante os efeitos pretéritos das relações baseadas na lei declarada inconstitucional. Assim, o escopo da declaração de inconstitucionalidade com efeitos proativos é não permitir que situações já consolidadas sejam atingidas por esta declaração.

Nesta linha de pensamento, a Constituição austríaca de 1920 criou uma Corte Constitucional com capacidade legal para efetivar a fiscalização de constitucionalidade de modo concentrado e por via de ação direta.⁹ Cumpre aqui salientar que tal modelo não se constitui numa técnica de proteção de direito subjetivos, mas de conservação da harmonia do sistema jurídico, eliminando qualquer norma que afronte o texto constitucional.

Em 1929, houve a reforma constitucional que introduziu no direito austríaco o controle concreto, exercido no curso de uma demanda. Tal como o direito americano, a decisão prolatada pela Corte Constitucional que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei tinha efeito retroativo. A peculiaridade da fiscalização concreta austríaca reside no fato de que somente os órgãos jurisdicionais de segunda instância poderiam arguir a inconstitucionalidade da lei, cabendo aos órgãos jurisdicionais inferiores somente a sua aplicação (ainda que a lei seja de constitucionalidade duvidosa).¹⁰

Ademais, é importante destacar que, ao contrário do que ocorre na fiscalização de matriz americana, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei não se restringem somente para as partes litigantes. Por ser o modelo europeu pautado numa fiscalização concentrada, exercida por via principal, quando há uma lei ou ato normativo afrontando a Constituição, o *decisum*

⁹ Tal como não é possível tratar o controle incidental e difuso como sinônimos, tampouco se confunde o controle abstrato e o controle concentrado. É certo que há no sistema jurídico brasileiro coincidência entre ambas, mas tal circunstância não é universal.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 68.

de declaração de inconstitucionalidade possui efeito *erga omnes*, ou seja, tem eficácia contra todos.

Portanto, com base nas premissas no pensamento de Kelsen, a Áustria instituiu um sistema de controle de constitucionalidade que é realizado de forma concentrada, por via principal ou de ação direta e abstrata. Este modelo é concentrado porque a fiscalização é exercida por um único órgão criado especialmente para esse fim. É também um controle por via principal ou de ação direta visto que é realizado fora de um caso concreto, tendo por objeto da controvérsia a validade da lei, ou seja, é um processo objetivo no qual não há lide em sentido técnico. E, por fim, é um controle abstrato pois o pronunciamento é realizado em tese, sem tomar por base uma disputa real.¹¹

1.3. Modelo brasileiro

1.3.1. O desenvolvimento da fiscalização de constitucionalidade brasileira: da Constituição Imperial à Constituição de 1967/69.

Na evolução do Direito Constitucional brasileiro, o controle de constitucionalidade não foi contemplado pela Constituição de 1824. O que se depreende do contexto histórico da Constituição Imperial é que havia uma consagração de dogma da soberania do Parlamento, isto é, outorgava-se ao Poder Legislativo a competência para fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, e, ainda, para guardar a Carta Magna¹². Contudo, não apenas a supremacia parlamentar obstaculizou o surgimento da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, mas também o Poder Moderador concedido ao Imperador cuja função era a chave de toda a organização política, tornando inviável o exercício do controle de constitucionalidade por meio do Poder Judiciário.¹³

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 46-51.

¹² MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 189.

¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 71.

Com o advento do regime republicano o direito norte americano acabou por influenciar de modo significativo o constitucionalismo brasileiro, sendo consagrado, em 1890, mediante o Decreto n. 848, o controle de constitucionalidade difuso. Assim, a Constituição de 1891 incorporou os dispositivos do referido decreto, ficando estabelecido que o julgamento incidental da inconstitucionalidade efetivar-se-ia mediante provocação dos litigantes, sendo competência das justiças da União, dos Estados e do Supremo Tribunal Federal, em última instância, processar e julgar essas causas.¹⁴

Contudo, neste ponto histórico, o que se analisa no desenvolvimento da fiscalização brasileira de constitucionalidade de leis é a dificuldade de adaptar a tradição jurídica romano-germânica com o modelo difuso importado do direito americano.¹⁵ A ausência de um método de vinculação de precedentes, que no sistema americano é previsto pelo princípio do *stare decisis*, sempre resultou em declarações de inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*, que acabavam por não atingir a população. Destarte, o controle de constitucionalidade brasileiro se mostrava ineficaz por deter efeitos reduzidos. Diante disso, introduziu-se na Carta de 1934 uma nova competência para o Senado Federal, qual seja a suspensão da execução dos atos e leis declarados inconstitucionais pelo Judiciário, de modo que assim, à referida declaração de inconstitucionalidade conferir-se-ia efeito *erga omnes*¹⁶. Além desta nova atribuição ao Senado Federal, também foi estabelecido que a declaração de inconstitucionalidade teria efetividade, e somente assim, pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. E, por fim, o texto constitucional inovou ainda ao prever a chamada representação interventiva cujo escopo era submeter à mais alta corte judicial para que fosse declarada a sua constitucionalidade qualquer lei que decretasse a intervenção federal por descumprimento dos princípios constitucionais que devem ser observados pelos Estados-membros.¹⁷

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 62.

¹⁵ BINEMBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124.

¹⁶ Art 91 - Compete ao Senado Federal: IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

¹⁷ Nesse sentido, Gilmar Mendes explica que “esta alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de constitucionalidade

A Constituição de 1937 firmou-se como um diploma cuja função era formalizar a realidade do poder político da época. No que tange à fiscalização da constitucionalidade, a Carta praticamente reproduziu o modelo de 1891, sem prever, portanto, a representação interventiva e nem a suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, com relação ao Poder judiciário, esta Constituição acabou por retroceder o sistema de fiscalização da constitucionalidade ao assentar que quando uma lei declarada inconstitucional for, segundo a opinião do Presidente da República, necessária ao bem-estar dos cidadãos e ao interesses nacionais, poderia ela ser novamente submetida ao Poder Legislativo, que, confirmando a constitucionalidade da norma por 2/3 de votos, tornaria sem valor o *decisum* do Tribunal.

Seguindo a linha histórica, na Carta de 1946 foi restabelecida a tradição do controle judicial no sistema de fiscalização, mantidas as previsões inauguradas em 1891 e as novidades introduzidas em 1934. Esta Carta apresentou melhorias na abordagem dos recursos extraordinários¹⁸ e da representação interventiva, em que o Procurador-Geral da República passou a ter a titularidade da representação de inconstitucionalidade neste tipo de ação.¹⁹ Portanto, neste diploma legal não há inovação na experiência constitucional brasileira, sendo, somente, reforçado o papel do Supremo Tribunal Federal como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade.

Ocorre que o sistema de fiscalização de constitucionalidade de leis ainda não apresentava a eficácia desejada. Por ser necessário percorrer todas as instâncias do Poder Judiciário e ainda depender da atuação do Senado Federal para

pelo Supremo Tribunal (art.12§2º). (...) Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual". (MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, cit., p. 193-194.)

¹⁸ A Carta Maior de 1946 determinou que os recursos extraordinários são cabíveis: "a) quando a decisão foi contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; e d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal." (Art. 101, III)

¹⁹ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, cit., p. 197.

que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei obtivesse efeito *erga omnes*, o nosso sistema de controle de constitucionalidade gerava muita insegurança.²⁰

Com isso, em 1965 editou-se a Emenda Constitucional n. 16 que introduziu no controle de constitucionalidade brasileiro a fiscalização abstrata de constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. Esta categoria de controle adentrou o ordenamento jurídico com o objetivo de resolver as questões constitucionais de modo mais célere e com efeitos mais abrangentes, já que a inconstitucionalidade passou a ser argüida pelo Procurador-Geral da República, mediante representação²¹, diretamente ao Supremo Tribunal de Justiça e a sua declaração refletia em efeitos para todos, e não somente *inter partes*. Esta Emenda é considerada o grande marco da inserção do controle de constitucionalidade abstrato no nosso sistema, inaugurando o modelo misto ou combinado²² de controle, sendo muito comemorado pelos juristas por conferir maior agilidade e eficiência à fiscalização.²³

Em seguida, a Carta de 1967 não apresentou modificações consistentes no sistema de fiscalização da constitucionalidade, mantendo as previsões inauguradas

²⁰ Neste sentido, afirma Gustavo Binenbojm: “A divergência de entendimento entre juízes e mesmo, por vezes, entre tribunais, associada à inexistência de um sistema de vinculação de precedentes, como o *stare decisis*, sempre foi geradora de incertezas e inseguranças jurídicas. Por outro lado, o sistema não oferecia solução para a multiplicação de demandas idênticas, fundada na mesma questão constitucional. De fato, como a lei continuava formalmente em vigor (*on the books*), mesmo após haver sido declarada inconstitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não se evitava a proliferação de tantas ações quantos fosses os interessados naquela matéria.” (BINEMBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**, cit., p. 125.)

²¹ A representação disciplinada pela Emenda Constitucional n.16 de 1965 não deve ser confundida com a representação interventiva. Enquanto esta se caracteriza como um mecanismo para solver conflitos entre a União e uma coletividade política estadual, aquela, também chamada de representação genérica tem como escopo assegurar a observação de todos os dispositivos constitucionais. (CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 88-89.)

²² Há doutrinadores que entendem que a fiscalização brasileira não deve ser chamada de sistema misto, visto que a mistura de ambos os modelos é uma contradição. Assim, ensina André Ramos Tavares: “O S.T.F., no Brasil, tanto realiza o controle abstrato-concentrado como o controle difuso-concentrado. Por isso, pode-se dizer que, no Brasil, o modelo é *combinado*: só o S.T.F. (= controle concentrado) pode realizar o controle abstrato (objetivo, em tese). E qualquer instância judicial (= difuso) pode fazer o controle de constitucionalidade para resolver adequadamente o caso concreto (que é a preocupação principal nesse modelo). O modelo, pois, é altamente complexo, como se analisou até aqui, não se podendo pretender realizar um mero reducionismo para dizer que se trata de modelo misto, que seria um modelo composto de elementos diferentes”. (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226.)

²³ A despeito de o controle concentrado de constitucionalidade estar presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934 por meio da Ação Interventiva, a Emenda Constitucional n. 15/65 é a referência da inserção deste modelo de controle de constitucionalidade já que a Ação Interventiva apresentava hipóteses de cabimento muito limitadas.

em 1891 e as alterações posteriores de 1946, subsistindo também a representação de inconstitucionalidade tal como prevista na Emenda de 1965.

A Emenda n. 1 de 1969 também não alterou o sistema de controle de constitucionalidade. Uma singular novidade que é salutar o destaque é a previsão de fiscalização de constitucionalidade de lei municipal ante Constituições Estaduais, com o fim de intervenção no município.

Finalmente, ainda sobre a Emenda de 1969, a Emenda Constitucional n. 7 de 1977 apresentou algumas inovações ao inaugurar, “ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal”²⁴. O escopo deste instituto seria evitar a multiplicação de demandas com o estabelecimento da melhor interpretação da lei, mas foi abolido com a Constituição de 1988. Ademais, esta emenda igualmente inovou ao reconhecer a competência do Supremo Tribunal para apreciar medida cautelar, quando solicitada pelo Procurador-Geral da República.

1.3.2. A Constituição de 1988 e o novo perfil do controle de constitucionalidade brasileiro.

A Constituição de 1988 manteve o modelo híbrido, combinando a fiscalização incidental, concreta e difusa com a fiscalização por via principal, abstrata e concentrada, tal como foi previsto na Emenda n. 16 de 1965.

Todavia, o Texto Maior instalou um conjunto de inovações que acabou por dar uma nova configuração ao nosso sistema de fiscalização constitucional. A adoção de mecanismos como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, principalmente, a ação direta de inconstitucionalidade, conferiram outro delineamento ao sistema de controle de constitucionalidade.

Tal como previsto nas Constituições anteriores, o modelo de controle difuso continuou permitindo que qualquer juiz ou tribunal, sem qualquer restrição, declare a

²⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 67.

inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Neste sentido, o recurso extraordinário destaca-se como uma das inovações trazidas pelo novo texto, pois o legislador constituinte limitou este recurso às questões constitucionais, de modo que no cenário da fiscalização constitucional ele é o principal meio para que seja feita a declaração de inconstitucionalidade na modalidade difusa. Além disso, o mandado de injunção também foi um mecanismo constitucional introduzido nesse momento, ainda que a sua efetividade tenha acontecido num momento posterior.

Ao lado do sistema difuso, a Carta de 1988 prevê também a fiscalização concentrada de constitucionalidade que recebeu destaque na nova ordem constitucional, uma vez que a maioria das controvérsias constitucionais passou a ser submetida ao Supremo Tribunal Federal mediante controle abstrato de normas.

No que tange às inovações trazidas, a novidade mais comemorada reside no atendimento à reivindicação antiga sobre o monopólio da ação direta de inconstitucionalidade por parte do Procurador-Geral da República, ampliando a legitimação ativa para a propositura desta ação (que era a antiga representação).²⁵ Além disso, foram introduzidos outros mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, tal como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Outrossim, a possibilidade de uma ação de inconstitucionalidade em âmbito estadual, chamada de representação de inconstitucionalidade, é mais um dos instrumentos instituídos pelo constituinte originário para o controle da constitucionalidade de lei e atos normativos. E ainda, a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental é mais um meio de fiscalização que visa proteger a Constituição e manter a harmonia do nosso sistema jurídico.²⁶

Portanto, percebe-se que na experiência constitucional brasileira, a Carta de 1988 introduziu inovações na seara da fiscalização da constitucionalidade das leis e atos normativos. Estes instrumentos criados para a proteção da Constituição

²⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (Cumpra aqui destacar que a Emenda Constitucional n. 45 complementou este artigo, inserindo os incisos IV e V.)

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 65.

inauguram na ordem constitucional um novo modo de atuação do controle de constitucionalidade.

2. O FENÔMENO DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO: O ALARGAMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA E CONCENTRADA.

2.1 Os novos delineamentos da fiscalização de constitucionalidade após a Carta de 1988.

Na primeira parte deste trabalho, tratou-se dos sistemas de controle de constitucionalidade que influenciaram a formação do nosso modelo, além de se analisar, de modo breve, a experiência da fiscalização constitucional na jurisdição brasileira, desde a Constituição Imperial até a inovadora Carta de 1988.

Pois bem. A Constituição de 1988 deu nova forma ao modelo de fiscalização de constitucionalidade vigente ao prever no nosso sistema o controle abstrato e concentrado²⁷ fundado em três importantes instrumentos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Consoante a estas previsões o constituinte originário, com vistas a tornar mais democrática esta categoria de controle, aumentou o rol de legitimados para a propositura da ADI, que antes estava limitada somente ao Procurador-Geral da República. Com isso, observa-se que a inserção de novas ações e a extensão da legitimação para propor a ADI foram os primeiros passos na jurisdição constitucional brasileira para o alargamento da atuação da fiscalização abstrata e concentrada.²⁸

Contudo, a expansão do controle abstrato não parou por aí. Em 1993 foi editada a Emenda Constitucional n. 3 que inaugurou no nosso sistema de fiscalização duas novidades: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e os

²⁷ Ainda que estivesse previsto no nosso sistema a Ação Interventiva, que foi instituída na Constituição de 1934, e a Representação de Inconstitucionalidade, introduzida na Emenda Constitucional n. 16/65, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que se verificou a atuação efetiva do controle concentrado e abstrato.

²⁸ Nessa linha, assinala Luís Roberto Barroso: “Constata-se uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como um fenômeno ‘inquietante’. Para tal direcionamento contribuiu, claramente, a ampliação da legitimação ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental”. (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 67.)

seus efeitos vinculantes. A introdução destes dois institutos deixou mais evidente a verticalização do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, o que resultou em inúmeras críticas a esses novos mecanismos, muitas delas fundadas no enfraquecimento do controle concreto e no engessamento da atuação dos juízes e Tribunais, que tiveram a liberdade de interpretação da Constituição restringida.

Em 1998, com a reforma do Código de Processo Civil, a Lei n. 9.756 ao dispensar a reserva de plenário para questões constitucionais já apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal também apontou para o estreitamento da atuação do controle difuso.

Apesar das censuras, em 1999 foi publicada a Lei n. 9.868 que confirmou ainda mais essa tendência de fortalecimento do controle de matriz européia, pois conferiu ao sistema a extensão dos efeitos vinculantes também para a ADI e possibilitou a modulação dos efeitos temporais em sede de controle concentrado e abstrato. Outrossim, no mesmo ano a Lei n. 9.882 disciplinou a ADPF, ação do modelo concentrado de fiscalização, mas que tem como requisito uma situação concreta que afete a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato questionado.²⁹

Desta maneira, observa-se que o modelo misto previsto pelo constituinte originário cede espaço para um novo cenário de fiscalização de constitucionalidade, em que o papel principal tende a ser do controle abstrato.

Esta tendência de alargamento da fiscalização concentrada reside em vários motivos, dentre os quais cabe aqui destacar a necessidade de garantir uma aplicação da Carta Maior de forma mais igualitária e com maior segurança jurídica e a impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal assumir, concomitantemente, a função de Corte Constitucional e de Tribunal de última instância.

Para corroborar a expansão do controle concentrado e, por consequência, o enfraquecimento do controle difuso, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 instituiu técnicas para filtrar a admissão de recursos ao Supremo Tribunal Federal (como a necessidade de repercussão geral) e para uniformizar a atividade do Poder Judiciário a partir de jurisprudências criadas por esse tribunal (como criação das súmulas vinculantes).

²⁹ MENDES, Gilmar. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. p. 9. Disponível em www.gilmarmendes.com.br. Acesso em 21.07.2010.

Todavia, a verticalização do controle abstrato não ocorreu apenas através de Emendas Constitucionais e leis, mas também por meio de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que têm transformado o entendimento de técnicas aplicáveis ao controle *incidenter tantum* (como é o caso da releitura dada pela Corte ao instituto da suspensão de execução de lei declarada inconstitucional, de competência do Senado Federal). Logo, as decisões do Supremo Tribunal têm sido paradigmáticas no que tange à fiscalização da constitucionalidade, passando a dar uma nova forma à aplicação do modelo misto previsto pelo constituinte de 1988.

Portanto, percebe-se que durante os vinte anos da Carta de 1988 tem-se assistido a uma tendência de mudança nos paradigmas da fiscalização de constitucionalidade, a partir dessa aproximação do modelo abstrato e concentrado com o modelo concreto e difuso, que está pautada na garantia da igualdade na aplicação da Constituição e na segurança jurídica das decisões judiciais.

2.1.1 Inovações Legislativas

2.1.1.1 A Lei n. 9.756/98 e a restrição à reserva de plenário.

A Constituição de 1988 quando trata de controle de constitucionalidade difuso nos Tribunais prevê no artigo 97 a chamada cláusula de reserva de plenário.

³⁰ Este preceito determina que quando se suscita uma argüição de inconstitucionalidade é necessário submetê-la ao julgamento do Plenário ou Órgão Especial do respectivo Tribunal, no qual a inconstitucionalidade somente será declarada pela maioria absoluta dos votos de seus membros.

A Lei n. 9.756/98 apresentou a primeira grande inovação no controle de constitucionalidade difuso ao inserir o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, que exime a avaliação da argüição de inconstitucionalidade pelo Plenário ou Órgão Especial quando o respectivo Tribunal já houver se pronunciado

³⁰ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

ou quando existir posicionamento sobre a questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.³¹

O acréscimo deste dispositivo representa uma limitação à cláusula da reserva de plenário, ao desobrigar a sua aplicação em duas situações: a) no caso em que o Supremo Tribunal Federal houver declarado a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ainda que em sede de controle difuso; b) quando o Plenário ou Órgão Especial do Tribunal houver se manifestado sobre a inconstitucionalidade.³²

Esta alteração representa um marco na experiência da fiscalização difusa por modificar o efeito das decisões de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a inserção deste dispositivo concede ao controle difuso um efeito vinculante que até então era típico da fiscalização concentrada. Como já é sabido, os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, via de regra, produzem efeitos *inter partes*, somente tendo resultado *erga omnes* quando o Senado Federal suspende a execução da lei declarada inconstitucional.³³ Com o parágrafo único do artigo 481, o *decisum* do Supremo Tribunal Federal, mesmo em sede de fiscalização difusa, passa a vincular o exercício dos demais Tribunais, independente de o Senado Federal suspender a execução da lei avaliada como inconstitucional.

Nesse sentido, Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr. ensinam que as decisões proferidas pelo Plenário ou Órgão Especial de um Tribunal ou pelo Supremo Tribunal Federal têm força vinculante em decorrência de o exame da arguição de inconstitucionalidade ser feito *in abstracto*, mesmo sendo fiscalização difusa. Assim, tal como ocorre no controle concentrado, quando se analisa a arguição de inconstitucionalidade, estuda-se a constitucionalidade da lei em tese, para, posteriormente, aplicar a conclusão ao caso concreto. Vejamos:

³¹ Art. 481 - Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno. Parágrafo único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

³² Importante destacar que para a incidência deste dispositivo é necessário que o Plenário ou o Órgão Especial do Tribunal ou o Supremo Tribunal Federal tenham se manifestado de maneira expressa, sobre a inconstitucionalidade da norma em questão. Assim, quando há um posicionamento parcial, não é possível dispensar a cláusula da reserva de plenário. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: "Controle incidente de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): viola o dispositivo constitucional o acórdão proferido por órgão fracionário, que declara a inconstitucionalidade de lei, ainda que parcial, sem que haja declaração anterior proferida por órgão especial ou plenário." (STF, RE 544.246, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15.5.2007).

³³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Nada impede que o controle de constitucionalidade seja difuso, mas abstrato: a análise da constitucionalidade é feita em tese, embora por qualquer órgão judicial. (...) A análise feita em tese vincula o tribunal a adotar o mesmo posicionamento em outras oportunidades. É o que acontece quando se instaura o incidente de arguição de inconstitucionalidade perante os tribunais (art.97 da CF/88 e arts. 480-482 do CPC): embora instrumento processual típico do controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei, neste incidente, é feita em abstrato. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo do processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). (...) É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF (art.481, par. un. CPC).³⁴

Para os doutrinadores, a inclusão deste dispositivo representa o atendimento à necessidade de economia processual e de segurança jurídica. Assim, defende-se que, ante a desregrada repetência de causas que versam sobre o mesmo tema, não teria sentido exigir em cada recurso a apreciação de arguição de inconstitucionalidade de lei que já foi analisada por maioria absoluta dos membros de certo Tribunal, de modo que tal processo levaria as sessões da Corte a uma enfadonha e interminável rediscussão de julgados da mesma natureza. Ademais, a adoção de tal prática implicaria na exposição do Tribunal, que ficaria vulnerável a posicionamentos contraditórios sobre a mesma lei, o que compromete a segurança jurídica e denigre a imagem da Justiça.³⁵

Para a compreensão do item urge destacar que a aplicação do parágrafo único do artigo 481 suscita problemática, principalmente no que tange à competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional. Nesse sentido, Lênio Streck sustenta que na hipótese de o Senado Federal suspender a execução de uma norma considerada inconstitucional, dando efeito *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal, a regra do artigo 481, parágrafo único, torna-se sem propósito uma vez que, em termos práticos, os efeitos por ela produzidos são os mesmos efeitos da suspensão da execução de lei.³⁶

³⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 3. 7. ed. edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p.339.

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 902.

³⁶ “Neste caso (aplicação do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil), surgem várias questões um tanto paradoxais. Em primeiro lugar, se o STF declarou a inconstitucionalidade da lei ou do dispositivo objeto da controvérsia, em sede de controle difuso (e, para tanto, por óbvio, assim o fez

Outrossim, Lênio Streck apresenta outra questão. Na hipótese de num dado caso o Supremo Tribunal Federal não estar convencido do seu *decisum*, aguardando jurisprudências mais concretas para posicionar-se, surgirá um impasse, pois, ainda que a própria Corte não esteja segura dos delineamentos do caso, os Tribunais já estarão vinculados à decisão prévia. Diante disso, propõe-se que a aplicação do artigo 481, parágrafo único, fique restrita às hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal já tenha enviado a matéria para o Senado Federal, sem que o mesmo haja suspenso.³⁷

Seguindo essa linha, Álvaro Ricardo de Souza Cruz contesta a constitucionalidade do artigo 481, parágrafo único, entendendo que se trata de um dispositivo inconstitucional por afrontar o instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal, prevista na Constituição. Para ele, não se pode subtrair garantias constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e a livre apreciação pelo Judiciário em favor da celeridade e economia processual.³⁸

Cumprido salientar que a modificação interpretativa do artigo 97 da Constituição que culminou com a redação do artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil, nasceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em diversos julgados houve posicionamento sobre a dispensabilidade da aplicação da

por maioria absoluta, porque também o STF deve obediência ao art. 97 da CF), deveria ter remetido a decisão para o Senado, para os fins do art. 52, X, da CF (suspensão de execução da lei); em segundo lugar, se o STF assim o proceder, e o Senado cumprir com a sua missão, a dispensa da suscitação do incidente perde igualmente significado, porque a resolução que suspende a execução de lei emanada do Senado produz efeito *erga omnes* e *ex nunc*. (...) Resumindo, pode-se concluir que a imposição da exceção prevista no parágrafo único do art. 481 só adquire significado nas hipóteses em que o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a questão constitucional em sede de controle difuso, já tenha remetido a decisão para o Senado (porque só então estará consolidada a posição do STF), e o Senado ainda não tenha promulgado a resolução suspensiva da execução da lei. Fora de tal hipótese, é temerária (e inconstitucional) a dispensa de suscitação do incidente de inconstitucionalidade pelos tribunais da República, porque decorrência, nestes casos, de decisão do Supremo Tribunal Federal que não cumpriu o disposto no art. 52, X, da CF". (STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 475-476.)

³⁷ "Se o Supremo Tribunal Federal não remeter ao Senado sua decisão, esperando, portanto, consolidar melhor jurisprudência, o parágrafo único acarreta prejuízos hermenêuticos ao sistema jurídico, porque se o STF ainda precisa consolidar a sua posição acerca da questão constitucional (por exemplo, por ter alcançado escassa maioria), não se torna aconselhável a vinculação a essa decisão, desde logo, dos demais tribunais da República, em face da própria idéia da construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de que fala Peter Häberle; não se pode olvidar o fato de que o sistema jurídico brasileiro é de índole romano-germânica, onde o corolário é a lei, conforme estatuído no art. 5º, II, da Constituição Federal". (Cf. *Idem.*)

³⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 351.

cláusula de plenário quando a Corte já tivesse firmado a inconstitucionalidade da questão.

Neste diapasão, o Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental do Agravo de Instrumento n.168.149/RS julgado em 1995, já justificava a vinculação dos demais Tribunais às decisões de inconstitucionalidade da Corte Maior, ainda que em sede de fiscalização difusa:

O preceito (artigo 97 da Constituição Federal) não pode ser interpretado de maneira gramatical. Há de se ter em conta que visa a evitar que órgãos fracionados de tribunais apreciem, pela vez primeira, incidente de inconstitucionalidade. (...) O incidente de inconstitucionalidade, com remessa do processo ao Órgão Maior da Corte de origem tornou-se desnecessário, prevalente a racionalização dos trabalhos judiciais, a partir do momento em que o Guardião Maior da Carta – e ele ainda o é (artigo 102, caput, da Constituição Federal) – o Supremo Tribunal Federal assentou, embora no controle difuso, o vício de inconstitucionalidade do ato normativo em questão.

Pouco tempo depois, o Ministro Sepúlveda Pertence proferiu decisão fortalecendo o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange ao artigo 97 da Constituição Federal, sustentando que a fundamentação que possibilita aos tribunais seguir as orientações da Suprema Corte reside no afastamento da presunção da constitucionalidade da lei após o julgado:³⁹

Só a presunção de constitucionalidade da lei, entretanto, é que, somada a imperativos de segurança jurídica, explica a reserva constitucional ao plenário de qualquer tribunal de afastá-la e declarar-lhe a invalidez: uma vez derruída a presunção pela decisão do Supremo Tribunal, somente o fetichismo das formas vazias pode explicar-lhe a imposição – cujo único efeito prático seria a eventual persistência do tribunal inferir no entendimento contrário, presumidamente condenado, no entanto, a ser derrubado pelo Supremo.⁴⁰

³⁹ Outra decisão que corroborou para os delineamentos da interpretação do artigo 97 foi a do Ministro Ilmar Galvão no Recurso Extraordinário 190.728, da Primeira Turma, publicado em 30/05/1997: “Esta nova e salutar rotina que, aos poucos vai tomando corpo (...) além de não merecer a censura de ser afrontosa ao princípio esculpido no art. 97, da CF, está em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também com o da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira. Tudo, portanto, está a indicar que se está diante de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade do seu ajustamento às variações da realidade circunstancial”.

⁴⁰ STF, RE n. 191.896/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 27.05.1997.

Assim, conclui-se que a mudança de interpretação dada para o artigo 97 da Constituição, que ensejou a criação do parágrafo único, artigo 481, torna-se um ponto salutar no desenvolvimento do sistema de fiscalização de constitucionalidade, pois os efeitos das decisões proferidas em sede de controle difuso e concentrado passam a ser os mesmos. Vale dizer, esta alteração legislativa representa um marco em que se verifica o estreitamento da fiscalização difusa, já que as decisões do Supremo Tribunal Federal passaram a vincular os julgados em matéria de controle de constitucionalidade, de modo que, a partir disso, os órgãos fracionários tendem a decidir com base em declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Corte.

41

2.1.1.2 A participação do *amicus curiae* para além do controle concentrado.

Uma das principais características do processo de controle concentrado de constitucionalidade é a objetividade, no sentido de não solucionar situações de caráter intersubjetivo. Assim, em decorrência disso, veda-se a intervenção de terceiros em processos desta natureza, por se entender que, não havendo direitos subjetivos na relação processual, está ausente interesse jurídico que enseje participação de pessoas que não são partes na causa.

A Lei n. 9.868/99 confirma esta posição doutrinária e jurisprudencial ao prever no artigo 7º, *caput*, a impossibilidade de intervenção de terceiros nos processos de ação direta de constitucionalidade.⁴² Todavia, foi instituída uma inovação no §2º do referido artigo que permitiu categorias informais de intervenção no controle concentrado, prevendo no ordenamento jurídico brasileiro a figura do *amicus curiae*.⁴³

O *amicus curiae*⁴⁴ é um instituto que tem por função auxiliar a justiça, subsidiando o órgão jurisdicional com elementos e informações relevantes para o

⁴¹ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, cit., p. 269-270.

⁴² Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

⁴³ § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁴⁴ A origem da expressão *amicus curiae* é latina. É referida expressamente por Paulo Rónai, em clássica obra, e explicada como “amigo da cúria, isto é, da justiça. (*Apud*. BUENO, Cássio

juízo da causa.⁴⁵ Ou seja, o seu objetivo é atentar os julgadores para alguns pontos que poderiam escapar-lhe ao conhecimento, visando ajudar a Corte a proferir uma decisão acertada.⁴⁶

Cumprido destacar que o *amicus curiae* já era previsto no nosso ordenamento jurídico desde 1976, na Lei n. 6.385, artigo 31 que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em processos intersubjetivos nos quais estão em pauta questões de direito societário submetidas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal já admitia que se juntassem memoriais por *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade.⁴⁷

Gustavo Binenbojm consigna que o escopo do artigo 7º, §2º da Lei 9.868/99 é *pluralizar* o debate constitucional ao permitir que aqueles que não tenham legitimidade para serem sujeitos do processo (mas que são destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida) possam levar ao Tribunal suas informações e razões constitucionais. Além disso, tal artigo intenta uma *maior legitimidade* nos debates do Tribunal Constitucional, que terão o dever de analisar as interpretações constitucionais dos diversos setores da sociedade.⁴⁸⁻⁴⁹

Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro – Um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5-8.)

⁴⁵ “É da tradição do constitucionalismo norte-americano a admissão da figura do *amicus curiae* em processos alçados ao conhecimento da Suprema Corte, quando em discussão grandes questões constitucionais do interesse de toda a sociedade. O ingresso dos *amici curiae* serve, assim, para pluralizar o debate que, no sistema americano, é originariamente travado apenas entre as partes do processo. No âmbito da Suprema Corte norte-americana, a intervenção do *amicus curiae* é prevista na Rule 37 do Regimento Interno da Corte – *Brief for an Amicus Curiae*”. (BINENBOJM. Gustavo. **A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, janeiro, 2004, p. 3. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 30 de julho de 2010.)

⁴⁶ DIDIER JR. Fredie. **Panorama sobre o novo sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro**. Texto de palestra proferida na Universidade Montesquieu Bourdeaux IV, Bourdeaux-França, em 19 de junho de 2008. Disponível em www.frediedidier.com.br. Acesso em 30 de julho de 2010.

⁴⁷ Nesse sentido, destaca-se trecho da decisão do Ministro Celso de Mello: “Não se pode desconhecer, neste ponto que o órgão da Assembléia gaúcha claramente atuou, na espécie, como verdadeiro *amicus curiae*, vale dizer, produziu informalmente, sem ingresso regular na relação processual instaurada, e sem assumir condição jurídica de sujeito do processo de controle normativo abstrato, peças documentais que, desvestidas de qualquer conteúdo jurídico, veiculam simples informações ou meros subídios destinados a esclarecer as repercussões que, no plano social, no domínio pedagógico e na esfera do convívio familiar, tem representado, no estado do rio Grande do Sul, a experiência do Calendário Rotativo Escolar”. (STF, ADI n. 748-4, rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.11.1994.)

⁴⁸ BINENBOJM. Gustavo. **A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**, cit., p. 4.

O Supremo Tribunal Federal já sublinhou em várias oportunidades o objetivo da norma inscrita no artigo 7º, §2º. Nessa esteira, destaca-se, por sua completude, o *decisum* do Ministro Celso de Mello:

A regra inscrita no art. 7º, §2º da Lei nº 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia. Vê-se que a aplicação da norma legal em causa – que não outorga poder recursal ao *amicus curiae* – não só garantirá maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional notadamente em um processo cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.⁵⁰

A faculdade de admitir o *amicus curiae* compete ao relator que deverá ponderar a relevância da matéria em discussão e a representatividade dos postulantes para permitir ou não a manifestação do órgão ou entidade requerente. Ou seja, para a compreensão deste binômio relevância-representatividade é necessário examinar a repercussão dos efeitos da decisão a ser proferida para a sociedade como um todo, além de ser preciso verificar se o postulante detém porção significativa dos membros dos grupos afetados.⁵¹

Pois bem. Ainda que o instituto do *amicus curiae* esteja previsto no nosso ordenamento jurídico no controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a intervenção desta figura em sede de controle difuso.⁵²

⁴⁹ O autor também afirma que “a inovação da Lei n. 9.686/99 é dupla: (1ª) positivou-se, pela vez primeira entre nós, a figura do *amicus curiae* como interveniente em processo objetivo de controle de constitucionalidade, embora o STF, informalmente, já admitisse a sua manifestação por meio de memoriais; (2ª) ao contrário do caráter de intervenção neutra da CVM, (...) o órgão ou entidade se habilitará para apresentar a sua visão da questão constitucional em testilha, oferecendo à Corte a sua interpretação. (*Ibidem*, p. 5.)

⁵⁰ STF, ADI n. 2.130-3, rel. Min. Relator Celso de Mello, DJ 14.12.2001.

⁵¹ Cf. STF, ADI n. 2.321-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.06.2005.

⁵² Também em controle concentrado de constitucionalidade, foi editada a Lei n. 9.882/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, §1º da Constituição, completando o rol de ações constitucionais objetivas. Esta Lei foi

A análise do ingresso do *amicus curiae* nos processos do controle incidental de constitucionalidade passa pelo minucioso escrutínio do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 415.454 e n. 416.827, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e julgados em conjunto. Trata-se da primeira vez na qual o plenário do STF debateu o ingresso do amigo da Corte em recurso extraordinário, bem como a admissibilidade de sustentação oral. Senão, vejamos:

Em síntese, creio que o instrumento da admissão de *amici curiae* confere ao processo de fiscalização de constitucionalidade um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado. Pelo contrário, penso que a jurisdição constitucional exercida por este Tribunal deve se afastar de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário.⁵³⁻⁵⁴

Além da seara jurisprudencial, a legislação brasileira também vem trazendo hipóteses expressas em que se admite a intervenção do *amicus curiae* em causas em que se exerce a fiscalização difusa. É o que se pode notar pela norma inscrita no artigo 482 do Código de Processo Civil, que permite a participação de terceiros não integrantes da relação jurídica na arguição de inconstitucionalidade de norma que é submetida ao Plenário ou Órgão Especial do Tribunal.⁵⁵ Raciocínio semelhante é o

mais além que a n. 9.868/99 no que tange à possibilidade de admissão do *amicus curiae*, pois se permitiu a juntada de memoriais e a sustentação oral de interessados no feito. Veja-se: “Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria. 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.”

⁵³ STF, RE n. 415.454-4, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 08.02.2007.

⁵⁴ Também permitiram o *amicus curiae* em sede de controle difuso as seguintes decisões: STF, RE 565.714-1, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 30.04.2008; STF, RE 547.245/SC, rel. Min. Eros Grau, julgado em 02.12.2009;

⁵⁵ Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal. 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos. 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (§§ 1º a 3º acrescidos pela Lei nº 9.868/99)

adotado pela Lei nº 11.418/06, que acrescentou o art. 543-A⁵⁶ ao Código de Processo Civil, permitindo que na apreciação da repercussão geral o relator possa admitir a manifestação de terceiros.⁵⁷

Destarte, importante destacar a salutar função do *amicus curiae* que consiste em fornecer ao Supremo Tribunal Federal um dimensionamento político-social da questão constitucional controvertida. Nesse sentido, é necessário que a intervenção do “amigo da corte” seja submetida aos princípios próprios dos processos subjetivos, como o contraditório, a ampla defesa e a vedação de supressão de instância, sob pena de comprometer o equilíbrio processual, bem como o resultado final do processo. Tudo sobre a discricionariedade de quem o *amicus* diz querer ajudar: a corte.

Ademais, tal figura se insere pertinente na questão da criação de mecanismos de objetivação de demandas como a repercussão geral e a súmula vinculante, introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, pois se verifica que cada *amicus curiae* admitido em um processo pode ensejar inúmeros processos a menos.⁵⁸

Portanto, depreende-se que o *amicus curiae*, ainda que originalmente previsto para o exercício da fiscalização concentrada, pode existir também na via difusa, reforçando o estreitamento entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade. Para alguns doutrinadores, esta aproximação das fiscalizações, tendo como um dos pontos os *amici curiae*, é bem vista, pois se insere no contexto de abertura da interpretação constitucional no país, possibilitando que a sociedade participe ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal.⁵⁹⁻⁶⁰

⁵⁶ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁷ Oportuno ressaltar que tais previsões legais de *amicus curiae* destinam-se para o controle de constitucionalidade difuso exercido pelos tribunais de modo abstrato. Vale dizer, ainda que exista a possibilidade de o Tribunal admitir o ingresso de tal figura no exercício da fiscalização difusa, o exame da constitucionalidade da lei será feito em tese, ou seja, concretiza-se um controle difuso e abstrato.

⁵⁸ MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

⁵⁹ Este entendimento está embasado nos ensinamentos do doutrinador alemão Peter Häberle: “Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos ‘vinculados às corporações’ e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento

2.1.1.3 O recurso extraordinário e a repercussão geral

Outro ponto que reflete a tendência de aproximação da fiscalização difusa com a concentrada é a inovação introduzida pela Emenda Constitucional n. 45 que, com a adição do §3º ao artigo 102, instituiu requisito adicional para aferir admissibilidade de recurso extraordinário, qual seja: *a repercussão geral da questão constitucional discutida*.⁶¹⁻⁶²

O recurso extraordinário é um dos pontos importantes no exercício do controle de constitucionalidade difuso uma vez que dá possibilidade ao cidadão comum, mediante um caso concreto, levar ao Supremo Tribunal Federal arguição de violação à Constituição. Com o acréscimo novo item para a admissão do recurso

da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (...) Todo aquele que vive o contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 12-15.)

⁶⁰ No mesmo sentido entende o Ministro Gilmar Mendes: “O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados a afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira”. (MENDES, Gilmar Ferreira. **O controle de Constitucionalidade: Uma análise das leis 9868/99 e 9882/99**. In Revista Diálogo Jurídico. Salvador, fev. 2002, n. 11, p. 5. Disponível na internet: www.direitopublico.com.br. Acesso em 07.09.2010.)

⁶¹ Art. 102. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

⁶² O recurso extraordinário foi modificado em dois pontos pela Emenda Constitucional 45/2004: o mais importante é o estabelecimento de um novo requisito para sua admissibilidade pelo Supremo Tribunal Federal, a denominada repercussão geral, mas também houve modificação no que se refere a ampliação das hipóteses de cabimento, com a inserção da alínea d, do inciso III, do artigo 102: “Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.” Nesse sentido, poderia causar estranheza que uma reforma nitidamente preocupada em desafogar o Judiciário, em especial, o Supremo Tribunal Federal, confiasse a essa corte uma nova atribuição. Entretanto, analisando-se o assunto, verifica-se que a hipóteses do inciso em que a questão envolve um conflito de competência legislativa, matéria indiscutivelmente constitucional.

extraordinário, para que qualquer cidadão possa provocar o Supremo Tribunal Federal na lide concreta, não basta prequestionar a matéria constitucional,⁶³ pois igualmente é necessário demonstrar que a violação *in casu* pode repercutir para além das fronteiras do processo a ser julgado. Destarte, limita-se o uso do recurso extraordinário, que deixa de ser empregado em qualquer caso de ofensa à Carta Maior, para ser aplicado somente em casos que importem numa relevância transcendente.⁶⁴

Luís Roberto Barroso explica que há uma tendência do direito comparado de restringir o exercício das cortes constitucionais a um número reduzido de causas, sendo a forma mais comum para o alcance deste propósito o controle sobre os casos que serão apreciados. A explicação para esta discricionariedade reside na necessidade de se concentrar os julgados em temas-chave, evitando que o Tribunal seja afligido por uma série de questões menores e repetidas. Assim, a finalidade almejada é a produção de julgamentos mais elaborados com debates democráticos em torno dos casos.⁶⁵

No Brasil o requisito da repercussão geral foi regulamentado pela Lei n. 11.418/2006, que adicionou novos preceitos normativos ao Código de Processo Civil.⁶⁶⁻⁶⁷ Da leitura do § 1º do artigo 543 do Código de Processo Civil depreende-se

⁶³ Continua obrigatória a observância dos demais pressupostos processuais inerentes ao recurso extraordinário, tais como a tempestividade, o preparo, a competência, a legitimidade e o prequestionamento.

⁶⁴ A preocupação com o volume excessivo de processos no Supremo Tribunal Federal sempre existiu por parte dos juristas do poder legislativo, prova disso é a arguição de relevância. Nesse sentido, afirmam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “Nada obstante tenham a mesma função de “filtragem recursal”, a arguição de relevância de outrora e a repercussão geral não se confundem. A começar pelo desiderato: enquanto a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário a priori incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva, a repercussão geral visa excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem.” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.)

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 110.

⁶⁶ Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (...) § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo

que, embora tal enunciado normativo busque conceituar o que seja repercussão geral considerando-a presente em questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, não há um delineamento dos requisitos para essa avaliação. Isto porque, conforme já cogitava a doutrina antes mesmo da regulamentação deste instituto, se a lei o fizesse, sem deixar espaço para o Supremo Tribunal Federal, certamente acabaria por engessar o sentido do texto constitucional.⁶⁸

Com o intuito de definir a incidência da repercussão geral e, por consequência, possibilitar o conhecimento do recurso extraordinário,

nosso legislador alçou mão de uma fórmula que conjuga relevância e transcendência (repercussão geral = relevância + transcendência). A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio, caracterizada está a repercussão geral da controvérsia.⁶⁹

Assim, a partir da dicção constitucional, pode-se afirmar que a repercussão geral consiste na necessidade de que as questões constitucionais argüidas pelo recurso extraordinário tenham a faculdade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência.⁷⁰

Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

⁶⁷ Entretanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a exigência da repercussão geral somente ocorreu a partir da publicação da Emenda Regimental n. 31 de 2007: “O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, decidiu a questão de ordem da seguinte forma: (...) 3) que a exigência da demonstração formal e fundamentada no recuso extraordinário da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007”. (STF, AI n. 664.567-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 26.06.2007)

⁶⁸ ARRUDA Alvim. **A emenda Constitucional 45 e a repercussão geral**. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim ET AL (coord.). Reforma Do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 63.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**, cit., p. 31.

⁷⁰ Segundo Fredie Didier e Leonardo José Carneiro da Cunha, “Medina, Wambier e Wambier propõem a seguinte sistematização para a aferição da repercussão geral: i) repercussão geral jurídica: a definição da noção de um instituto básico do nosso direito, “de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente”; ii) repercussão geral

Nessa seara, Arruda Alvim sustenta que a exigência do texto constitucional se relaciona com matéria que

diga respeito a um grande espectro de pessoas ou a um largo segmento social, uma decisão sobre assunto constitucional impactante, sobre tema constitucional muito controvertido, em relação à decisão que contrarie jurisprudência do STF; que diga respeito à vida, à liberdade, a federação, a invocação de princípio da proporcionalidade (em relação ao Texto Constitucional) etc.⁷¹

Diante do exposto, certifica-se de que a repercussão geral é o pressuposto singular de conhecimento do recurso extraordinário, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso considere a influência, na coletividade, do julgado em discussão. Dessarte, a averiguação do requisito de cabimento estará presente nos casos de a decisão de mérito proferida no recurso abarcar a qualidade de fazer com que uma parte relevante de um determinado grupo de pessoas seja influenciado por este *decisum*, tendo em vista os interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social verificados num dado momento histórico.⁷²⁻⁷³

A partir desta conceituação, pode-se consignar que a exigência da transcendência da repercussão geral faz com que a questão da constitucionalidade nos recursos extraordinários seja examinada primeiramente em abstrato para, em seguida, ser aplicada à lide concreta. Vale dizer, o procedimento do recurso extraordinário é dividido em dois momentos: no primeiro analisa-se o argumento constitucional passível de repercussão geral, fazendo-o em tese, ou seja, dissociado dos interesses intersubjetivos do recurso; na seqüência, num segundo momento,

política: quando 'de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com os Estados estrangeiros ou organismos internacionais'; iii) repercussão geral social: quando se discutissem problemas relacionados 'à escola, à moradia, ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações'; iv) repercussão geral econômica: quando se discutissem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais". (DIDIER JR., Fredie. CUNHA; Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 7. ed.. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.336.)

⁷¹ ARRUDA Alvim. **A emenda Constitucional 45 e a repercussão geral**, cit., p. 63.

⁷² DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.247.

⁷³ No âmbito da conceituação e da abrangência do requisito da repercussão geral para os recursos extraordinários, um julgado que se tornou referência no Supremo Tribunal Federal é o Agravo de Instrumento n. 664.567, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, DJU: 26.06.2007.

depois de o Supremo Tribunal Federal adotar uma posição sobre a existência ou a ausência da repercussão geral, aplica-se o resultado ao caso concreto a ser julgado.

É o que se chama de incidente de análise da repercussão geral por amostragem, que ocorre quando o Supremo Tribunal Federal, por haver multiplicidade de recursos com fundamento em semelhante controvérsia, deixa sobrestado os demais recursos até o pronunciamento da Corte.⁷⁴⁻⁷⁵ Assim, o Supremo Tribunal Federal tende a julgar alguns recursos que envolvam a mesma questão de direito (as questões recorridas estão fundamentadas na mesma *ratio decidendi*), de modo que, negada a existência da repercussão geral, todos os demais recursos que não subiram à Corte, reputam-se não conhecidos.⁷⁶

Este modo de apreciação do recurso extraordinário é mais um reflexo de que a fiscalização difusa tem sido preterida no controle de constitucionalidade brasileiro, pois, além de limitar o âmbito do controle difuso uma vez que impede que o Supremo Tribunal Federal aprecie causas originárias das instâncias inferiores, atuando como um filtro recursal, a repercussão geral introduz uma análise abstrata no recurso extraordinário. Fredie Didier Júnior corrobora este entendimento:

É possível concluir, sem receio, de que o incidente para a apuração da repercussão geral por amostragem é um procedimento de caráter objetivo, semelhante ao procedimento da ADIN, ADC E ADPF, e de profundo interesse público, pois se trata de exame de uma questão que diz respeito a um sem-número de pessoas, resultando na

⁷⁴ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

⁷⁵ Nesta linha, afirma Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha: “O art. 543-B prevê, assim, um caso de conexão por afinidade entre os recursos extraordinários em causas repetitivas. Sucede que, em vez de a conexão determinar a reunião dos recursos para processamento e julgamentos simultâneos, outros são seus efeitos jurídicos: escolha de alguns “recursos-modelo” e sobrestamento dos demais processos para o julgamento por amostragem”. (DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. Ed.. vol. 3. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p.339.)

⁷⁶ Este procedimento é semelhante ao que já existe para o julgamento do recurso extraordinário proveniente do Juizado Especial Federal. Ver art. 321, §5º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

criação de uma norma jurídica de caráter geral pelo STF. É mais uma demonstração do fenômeno de “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade das leis.⁷⁷

Neste sentido, para concluir, a reflexão a ser feita reside em dois pontos: de um lado, pode-se concluir que o requisito da repercussão geral dá a garantia de que todas as lides que versem sobre o mesmo assunto constitucional serão apreciadas com o mesmo tratamento, garantindo-se, assim, a isonomia e a segurança jurídica para os cidadãos. Entretanto, de outro prisma, pode-se entender que a repercussão geral ao ter uma etapa em que se faz uma análise em tese da questão de constitucionalidade, não examina convenientemente as vicissitudes do caso concreto, quebrantando o fundamento da isonomia, qual seja, tratar os desiguais a partir das desigualdades. Por isso, diante de posicionamentos tão diversos, é necessário aplicar este requisito com base em uma reflexão crítica e consistente.⁷⁸

2.1.1.4 Breves anotações sobre a súmula vinculante no contexto da jurisdição constitucional.

Primeiramente, é mister esclarecer que não se busca aqui esgotar todas as problemáticas referentes à súmula vinculante, mas traçar linhas gerais deste instituto para que se possa compreender a sua influência no processo de aproximação dos dois modelos de fiscalização de constitucionalidade.

A preocupação com a ausência de um mecanismo que concedesse maior alcance às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle difuso existia desde a introdução deste modelo de fiscalização no direito brasileiro. A falta de um instituto como o *stare decisis* do sistema norte-americano fez com que o

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro.** In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras Complementares em Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional.* Salvador: Editora JusPODIVM, 2008. p. 113.

⁷⁸ GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mader. **A Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa.** 581 páginas. Dissertação. Universidade Federal do Paraná, 2010, p. 520.

nosso controle de constitucionalidade não alcançasse a eficácia desejada por limitar a extensão das decisões emanadas pela Corte Maior.⁷⁹

Com a inserção do controle de constitucionalidade concentrado e com o aumento de competências delegadas para o Supremo Tribunal Federal constatou-se a urgência em se ter um instituto que desse às decisões da Suprema Corte força normativa, dotando seus trabalhos de maior eficácia, segurança jurídica e isonomia.

Assim, diante da necessidade de criar um mecanismo de vinculação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente em sede de controle difuso, a Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu a súmula vinculante no sistema brasileiro de jurisdição.⁸⁰ Esta figura tem nítida influência norte-americana em que os precedentes judiciais recebem muito destaque, evidenciando, então, a tendência de aproximação entre as duas matrizes jurídicas: o *civil law* e o *commom law*.⁸¹

Do latim *summula*, o termo expressa o significado de sumário ou índice de algo. Em sentido jurídico, a súmula refere-se a entendimentos sólidos dos Tribunais acerca de uma mesma questão, dos quais se depreende um enunciado. A partir deste enunciado, produto de decisões reiteradas, resulta, convencionalmente numerada, a súmula, preceito doutrinário que ultrapassa os casos concretos originários, servindo de “referencial” em julgamentos posteriores sobre mesma controvérsia. As súmulas representam o posicionamento de um Tribunal sobre questões polêmicas levadas à apreciação do Judiciário. Isso porque, na busca da isonomia e da segurança jurídica, repugnam decisões diferentes sobre uma mesma

⁷⁹ Diante deste quadro, a Constituição de 1934 atribuiu ao Senado a competência para estender os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, com a inserção do controle de constitucionalidade concentrado, viu-se que o instituto da suspensão de execução de lei pelo Senado Federal não dava o alcance desejado às decisões proferidas pela Suprema Corte. Esta abordagem será melhor estudada no ponto 2.1.2.3.

⁸⁰ Pondera-se que a súmula está longe de ser um instituto desconhecido do Direito brasileiro pré-EC 45/04, pois já havia previsão de súmula, sem efeito vinculante, no artigo 479 do CPC; tratando de processo de uniformização de jurisprudência, nos artigos. 99 e 102 do Regimento Interno do STF; e no artigo 557 também do CPC ao tratar das chamadas “súmulas impeditivas”.

⁸¹ Ante esta tendência de aproximação, cumpre salientar o ensinamento de Patrícia Perrone Campos Melo no que tange às súmulas vinculantes: “Muito embora se reconheça hoje, que ambos os sistemas estão vivendo um processo de aproximação, em que se constata um crescimento do papel da jurisprudência no desenvolvimento do direito dos países de civil Law e, simultaneamente, o aumento da legislação nos países da commun law, o fato é que, até em virtude de sua longa tradição no assunto, o desenvolvimento metodológico para operação com precedentes judiciais alcançou maior maturidade e sistematização nos últimos, justificando o recurso aos mesmos para a abordagem da matéria.” (MELO, Patrícia Perrone Campos. **Operando com súmulas e precedentes judiciais**. In: A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Luís Roberto barroso (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 670.)

controvérsia. Neste diapasão, a súmula vinculante consiste num instituto similar à súmula simples, acrescida, todavia, de um poderoso efeito que a torna não apenas um “referencial”, mas um instrumento de aplicação obrigatória pelos juízes de instâncias inferiores ao Tribunal que a proferiu.⁸²

Este novo instituto confere à Suprema Corte o poder de determinar à Administração Pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário a observância compulsória da jurisprudência deste Tribunal em matéria constitucional. A inserção desta figura, que reflete a tendência de valorização da jurisprudência, está alicerçada em várias razões, dentre as quais as mais importantes são: o aumento da litigiosidade que elevou o número de ações tramitando no país e a expressiva quantidade de demandas em torno de uma mesma controvérsia jurídica.⁸³ Diante desse quadro, viu-se a urgência em racionalizar e simplificar o processo decisório, criando, então, a súmula vinculante que permite a enunciação objetiva da tese jurídica a ser aplicada a todas as hipóteses que envolvam questões idênticas. Assim, este instituto contribuiu para a celeridade e eficiência na justiça, tornando menor o número de recursos que chega ao Supremo Tribunal Federal.

A súmula vinculante foi regulamentada pela Lei n. 11.417/2006 e tem a sua matriz constitucional no art. 103-A⁸⁴ da Constituição, que abarca o objeto e a eficácia

⁸² LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula Vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 17-20.

⁸³ Luís Roberto Barroso aponta uma terceira razão que justifica a importância dos precedentes judiciais: “É que a interpretação jurídica, nos dias atuais, está longe de ser compreendida como uma atividade mecânica de revelação de conteúdos integralmente contidos nos textos legislativos. (...) O intérprete desempenha o papel de co-participante do processo de criação do Direito, dando sentido a atos normativos de textura aberta ou fazendo escolhas fundamentadas diante das possibilidades de solução oferecidas pelo ordenamento. (...) Nesse ambiente de interpretação judicial mais criativa, surge a necessidade de que os entendimentos adotados por diferentes órgãos judiciais sejam coordenados e aplicados com base em parâmetros que propiciem isonomia e coerência (...) No caso das decisões judiciais, torna-se ainda mais importante que haja a maior uniformidade possível, na medida em que elas constituem atos de aplicação do Direito, e não opções discricionárias.” (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 80-81.)

⁸⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a

das súmulas vinculantes, bem como dos requisitos e do procedimento para a sua edição. Destarte, conforme ensina Eduardo Talamini

Reitere-se que tal essência da súmula vinculante é extraível da sua própria disciplina na Constituição. E foi confirmada – como não poderia deixar de ser – e tornada ainda mais evidente na regulamentação empreendida pela Lei 11.417/2006. Os seguintes traços apontam para seu caráter de instrumento de controle direto de constitucionalidade: (i) competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal; (ii) deve versar sobre matéria constitucional; (iii) deve ter por objeto sempre a validade, a eficácia ou a interpretação de normas determinadas; (iv) estão legitimados para requerer sua criação, revisão ou cancelamento todos os legitimados da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade; (v) o pronunciamento ali produzido tem força vinculante para os demais órgãos do judiciário e da Administração Pública, nos mesmos moldes que as decisões proferidas nos demais processos objetivos de controle de constitucionalidade; (vi) admite-se a modulação de efeitos do pronunciamento, tal como nos demais instrumentos de controle direto; (vii) permite-se a participação de terceiros com representatividade adequada, para participar como *amicus curiae*.⁸⁵

Assim, no que tange ao objeto das súmulas vinculantes, tal instituto abarca a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas, da Constituição ou da legislação ordinária editadas por qualquer um dos entes federativos. Em termos práticos, as súmulas têm por função veicular o entendimento do Tribunal acerca de qualquer questão constitucional, isto porque tanto se pode conferir eficácia geral ao entendimento do Supremo Tribunal sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de normas, quanto fixar a interpretação e o alcance que deve ter certo enunciado normativo.⁸⁶

Quanto ao procedimento, as súmulas podem ser editadas, revistas ou canceladas por decisão de dois terços dos Ministros da Suprema Corte, por iniciativa própria ou mediante provocação, sendo os legitimados para a propositura os

procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. **Jurisdição Constitucional**. No prelo. p. 119. Disponível: http://www.justen.com.br/pdfs/eduardo_22.pdf. Acesso em 10.08.2010.

⁸⁶ Nessa seara, Luís Roberto Barroso aduz que a súmula vinculante é mais do que um mecanismo que confere eficácia vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso, pois através delas permite-se que o Supremo Tribunal Federal cristalice as razões de decidir adotadas pela Corte em um enunciado dotado de eficácia geral. (BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 83.)

mesmos previstos na ação direta de constitucionalidade, conforme o §2º, do artigo 103-A da Constituição, os tribunais e os municípios, no âmbito do processo em que seja parte. A edição de súmulas vinculantes só deverá ocorrer depois de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria constitucional em que resida controvérsia pertinente entre órgãos judiciais ou entre estes e a Administração Pública,⁸⁷ sendo necessária a precedência de debates consistentes, com participação do Procurador-Geral da República e, quando possível, com a admissão de *amicus curiae*, o que contribui para a legitimidade da vinculação imposta, além de promover segurança jurídica e garantir a estabilidade do enunciado sumulado.

A súmula vinculante confere eficácia geral a um posicionamento estabelecido pela Corte, que seria reproduzido em todo e qualquer caso similar que chegasse ao Supremo Tribunal Federal, vale dizer, este instituto reproduz em instâncias ordinárias a observância desse entendimento, visando concretizar isonomia e eficiência da prestação jurisdicional. Nesse sentido, a súmula vincula, subjetivamente, a Administração Pública nos três níveis federativos, além dos demais órgãos do Poder Judiciário.

Visando a possibilidade de não cumprimento da finalidade deste instituto, por meio da insubordinação dos órgãos que deveriam aplicar as súmulas, há a previsão do cabimento de reclamação contra decisão judicial ou ato administrativo que não aplique a súmula vinculante cabível ou a aplique de forma indevida.⁸⁸ Ou seja, é uma alternativa para se levar ao Supremo Tribunal Federal casos de descumprimento, podendo a Corte cassar ato impugnado e determinar a sua substituição por outro que coadune com posicionamento sumulado. E é na possibilidade de se provocar o Supremo Tribunal Federal através de reclamações que reside uma das críticas à instituição da súmula vinculante. Certos doutrinadores sustentam que a súmula vinculante além de limitar o campo de atuação do controle difuso de constitucionalidade, anula o próprio objetivo deste instituto com a previsão

⁸⁷ Numa análise comparativa, a súmula vinculante difere-se do *stare decisis* que é proveniente de apenas um precedente, sem precisar versar sobre questão constitucional e sem possuir um enunciado produzido por uma corte constitucional, sendo a sua vinculação construída pelos juízes e Tribunais inferiores.

⁸⁸ Art. 103-A. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

de alcance do Supremo Tribunal Federal por meio das reclamações. Para eles, por inexistirem mecanismos que orientem a aplicação da súmula, a previsão das reclamações irá assoberbar a Suprema Corte, retirando sua principal finalidade: eficácia e economia que permitam ao Supremo Tribunal Federal atuar somente em casos constitucionais relevantes.⁸⁹

No que concerne à eficácia temporal, a vinculação se produz a partir da edição do enunciado, ou seja, os casos pendentes de julgamento deverão observar a súmula. Já as decisões produzidas não são desconstituídas, não abrindo oportunidade ao ajuizamento de reclamação. Neste sentido, a Lei n. 11.417/2006 deu ensejo à relativização da eficácia imediata das súmulas em nome da segurança jurídica e do interesse público, isto é, há previsão de modulação temporal dos efeitos, não tendo o condão de dar eficácia retroativa, mas apenas atribuir efeitos prospectivos ao enunciado.⁹⁰

Outra observação pertinente consiste no atrito que este instituto provoca com a regra do artigo 52, X da Constituição, que incumbe ao Senado Federal a competência de suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. A interferência existe pois o Senado era a única instância capaz de atribuir eficácia geral às leis declaradas inconstitucionais. Doravante, com a possibilidade de edição de súmulas vinculantes, mitigou-se a exigência de que o Supremo Tribunal Federal requirite o Senado para complementar da sua atuação.

André Ramos Tavares afirma que é adequado compreender a súmula vinculante como um processo objetivo típico, embora com peculiaridades, que

⁸⁹ Desta forma entende José Afonso da Silva: “As súmulas vinculantes tolgem uma correta aplicação das alegações de lesão ou ameaça de direito, que está na base do direito de acesso à justiça, sem que veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o STF, pois só nesse âmbito têm aplicação. Não parece reduzir os recursos, pois está previsto que, se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o STF, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Na verdade, há uma mera troca de meios de impugnação: reclamação, em vez de recurso ordinário ou extraordinário.” (SILVA, José Afonso. **Comentário Textual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 560.)

⁹⁰ Nesse sentido, dispõe a Lei 11.417/2006 no seu artigo 4º: “A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.”

promove a aproximação entre o controle difuso (reiteradas decisões) e o concentrado (efeito vinculante).⁹¹⁻⁹²

Portanto, no que tange ao controle difuso à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004, traçadas as observações fundamentais que caracterizam a súmula vinculante, conclui-se que o distanciamento dos dois modelos de fiscalização da constitucionalidade tem diminuído. E é neste contexto que deve ser compreendida a introdução deste instituto no ordenamento brasileiro. Ocorre que a súmula vinculante consiste em mais um elemento que provoca alterações no panorama da fiscalização difusa.⁹³ Ou seja: a característica ímpar dessa súmula é seu efeito vinculante, o que significa dizer que, além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal, assegura força vinculante não apenas a parte dispositiva da sentença, mas também aos chamados fundamentos da decisão. Por conseguinte, o efeito vinculante alcança não somente as partes do processo, mas também todos aqueles que se encontrem diante da mesma questão jurídica, bem como os demais órgãos do Judiciário e a Administração pública direta e indireta, nos três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Dessarte, fica evidente que os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade transcenderão as lides singulares, sendo obrigatória a observação nos casos envolvendo a mesma tese jurídica, por todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.⁹⁴

Por fim, é oportuno fazer uma breve pontuação acerca da súmula vinculante para que ela não se torne um mecanismo de limitação da interpretação

⁹¹ TAVARES, André Ramos. **Perplexidades do Novo Instituto da súmula Vinculante no Direito Brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, 2007, p. 6-7. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede/asp. Acesso em 10.08.2010.

⁹² Neste sentido também entende Eduardo Talamini: “Tal como instituída na ordem constitucional a súmula vinculante assume a natureza de um instrumento objetivo de controle de constitucionalidade. Ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ela compõe o quadro dos instrumentos de via direta da jurisdição constitucional brasileira”. (TALAMINI, Eduardo. **Jurisdição Constitucional**. No prelo. p. 119. Disponível em http://www.justen.com.br/pdfs/eduardo_22.pdf. Acesso em 10.10.2010.)

⁹³ “A súmula vinculante tem uma função própria, significativamente relevante no quadro da jurisdição constitucional. Ela se presta a conferir a força vinculante (*erga omnes*) a soluções conferidas pelo STF a questões constitucionais em sede de controle incidental. É, como tem afirmado a doutrina, mecanismo que permite a comunicação entre os sistemas de controle incidental e de controle direto de constitucionalidade”. (*Ibidem*, p. 125.)

⁹⁴ LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula Vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional**, cit., p. 102-105.

constitucional e ausente de caráter democrático. Para evitar que a súmula deixe de alcançar a finalidade desejada e não atenda aos ideais constitucionais, é preciso considerar que os enunciados provenientes deste instituto sejam frutos de um procedimento aberto e democrático, com possibilidade de revisão e cancelamento do conteúdo sumulado, produzidos a partir de debates consistentes e com a aplicação feita por uma interpretação séria dos juízes e Tribunais, visando a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência da justiça.⁹⁵

2.1.2. Inovações jurisprudenciais

2.1.2.2 A nova feição do recurso extraordinário a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O recurso extraordinário tem ganhado nova feição no controle de constitucionalidade brasileiro a partir de interpretação do Supremo Tribunal Federal. Como já foi mencionado no ponto 2.1.1.4, o recurso extraordinário se configura, tradicionalmente, como um mecanismo do controle de constitucionalidade concreto, em que as questões constitucionais são argüidas em lides provenientes de instâncias inferiores até chegar ao Supremo Tribunal Federal, de modo que, por se tratar de um processo subjetivo, as decisões da Corte têm eficácia *inter partes*, não havendo vinculação a atuação dos demais juízes e Tribunais.

Com o advento da Constituição de 1988 a fiscalização concentrada de constitucionalidade passou a ter mais destaque no cenário da jurisdição constitucional, o que implicou na modificação da visão do Supremo Tribunal Federal no que tange aos recursos extraordinários, que passou a ser usado como um instrumento de defesa da ordem constitucional, não mais estando focado na função de atender aos interesses subjetivos das partes.

Esse posicionamento nasce na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e é consagrado com a Emenda Constitucional n. 45 que instituiu a chamada repercussão geral da questão constitucional discutida, conforme já foi analisado neste trabalho. Destarte, a exigência de que haja na discussão do processo uma

⁹⁵ GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mader. **A Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**, cit., p. 516.

abordagem constitucional que transcenda os interesses das partes retira o sentido do recurso extraordinário como um mecanismo da fiscalização concreta, transformando-o num instrumento cujo objetivo é a proteção da ordem constitucional, conforme o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, proferido no Processo Administrativo n. 318.715/STF, que culminou com a Emenda n. 12 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, publicada no DJ de 17.12.2003:

O recurso extraordinário deixa de ter caráter meramente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir de forma decisiva a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem o de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.

Assim, a partir dessa interpretação dada pelo Supremo aos recursos extraordinários, tem-se possibilitado a dispensa de um requisito básico de admissibilidade deste meio de defesa: o prequestionamento da matéria. Como é sabido, este recurso não consiste num “terceiro grau” de jurisdição, no qual é permitido rediscutir os fatos e reexame de provas. Mas cuida, tão-somente, da reapreciação de questões de direito que hajam sido analisadas na instância de origem, vale dizer, que tenham sido objeto de prequestionamento. Em outras palavras, a questão constitucional argüida deve estar presente no *decisum* recorrido, ainda que não haja menção expressa dos dispositivos constitucionais pertinentes.⁹⁶ Ocorre que há decisões em que foi conhecido o recurso extraordinário, mesmo ausente o prequestionamento, por estar em foco assunto de maior relevância que acaba por dispensar o requisito de admissibilidade.⁹⁷ Neste sentido, decidiu a Ministra Ellen Gracie:

A despeito de a questão de fundo estar pacificada no âmbito desta Suprema Corte em relação às demandas que tratem sobre o mesmo tema, ainda assim exige a presença dos pressupostos específico de

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 106.

⁹⁷ Precedente relevante nesta linha é o julgamento da Medida Cautelar no RE n. 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.03.2003.

conhecimento do recurso extraordinário, como é o caso do prequestionamento. (...) Estou, entretanto, mais inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete da Constituição Federal. Já manifestei, em ocasiões anteriores, minha preocupação com requisitos processuais que acabam por obstaculizar, no âmbito da própria Corte, a aplicação aos casos concretos dos precedentes que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de normas. (...) Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, tem dado mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir mais efetividade às decisões. (...) Segundo entendo, há uma flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte.⁹⁸⁻⁹⁹

Resta evidente que o Supremo Tribunal Federal, especialmente embasado nos entendimentos do Ministro Gilmar Mendes, tem adotado um novo posicionamento acerca da finalidade do recurso extraordinário. Vale destacar que há julgados que sustentam que esta transformação é um avanço na seara do controle de constitucionalidade, uma vez que aproxima o nosso recurso extraordinário de mecanismos já utilizados em outros ordenamentos, como o alemão e o americano. Neste diapasão, sustenta-se que nos EUA, berço do controle de constitucionalidade difuso, as decisões da *Supreme Court*, para serem efetivas, devem apreciar questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas.¹⁰⁰

Outrossim, mais um ponto que salienta a redefinição do papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional, consiste na decisão do Supremo Tribunal Federal que analisou a questão constitucional com fundamento diferente do aplicado pelo Tribunal recorrido. Isto é, o Supremo conheceu um recurso extraordinário com

⁹⁸ STF, AI n. 375011 AgR, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 05.10.2004.

⁹⁹ No caso em tela, a Ministra optou por conhecer o recurso, mesmo ausente o prequestionamento, por entender que o recurso deveria ser analisado para que se pudesse dar maior efetividade para o posicionamento do STF sobre a questão argüida *in casu*.

¹⁰⁰ “O novo modelo legal de recurso extraordinário, imprimido pela Lei n. 10.259/2001, traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter meramente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual “a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo”, dotado de uma “dupla função”, subjetiva e objetiva, “consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo” (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub Judice 20/21, 2001, p.33). Esta orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano.” (STF, RE n. 376852, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 27.03.2003.)

uma causa de pedir aberta, o que, até então, só era possível na fiscalização abstrata. Nesse caso, sustentou o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgado do Recurso Extraordinário n. 298.694/SP¹⁰¹, a incoerência em se dar procedência, com motivação errônea, a um recurso extraordinário que declare uma norma inconstitucional, simplesmente para manter a regra de que o Supremo Tribunal Federal não pode analisar um recurso com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido:

Ainda, porém, que se pretenda manter a praxe, o certo é que nem dela decorre que, acaso errôneo o fundamento do acórdão recorrido, atacado no RE, esteja o Supremo Tribunal jungido a dele conhecer e lhe dar provimento, ainda que entenda haver fundamento constitucional para manter-lhe o dispositivo, não obstante a erronia da motivação. A solução contrária, data máxima vênua, implicaria impor ao Tribunal – ao qual se confiou, ‘precipualemente, a guarda da Constituição’ – constrangimento ao qual não se submetem outras instâncias. (...) Constituiria paradoxo verdadeiramente ‘Kafkaniano’ que, diferentemente, ao STF não fosse dado, no julgamento do RE, embora por fundamento diverso do acolhido pelo acórdão recorrido, e, em consequência, estivesse vinculado a aplicar a norma legal que considera incompatível com a Carta Magna.

No mesmo sentido entendeu o Ministro Cezar Peluso:

Considero que a interpretação restritiva quanto à profundidade do efeito devolutivo do extraordinário implica duas graves contradições. A primeira é a contradição imediata com a função constitucional precípua do Supremo, que é a de velar pela mesma Constituição, na sua inteireza. Não é possível, sem renúncia a tal função, admitir que esta Corte esteja impedida de reconhecer a incidência de certa norma constitucional, sob o singelo fundamento de que não teria sido invocada nas razões ou nas contra-razões do recurso extraordinário. E a segunda, mais grave que a primeira, que já é gravíssima, parece-me ser a contradição com a ordem jurídica em si, porque não consigo perceber como o Supremo Tribunal Federal possa modificar o conteúdo de uma decisão, com base no argumento de que teria havido ofensa a determinada regra ou princípio constitucional, quando esteja claríssimo, nos autos, que esses mesmo conteúdo decisões deva subsistir pela aplicação de outra norma ou princípio constitucional, incidente sobre os fatos da causa. Noutras palavras, o Supremo Tribunal Federal estaria, em tal conjuntura, modificando o teor de decisão que reconhece estar conforme à Constituição.

¹⁰¹ STF, RE n. 298694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 06.08.2003.

Assim, a partir dos julgados destacados, que se tornaram referência na abordagem do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se verificar a intenção do Supremo em redefinir o papel deste recurso dentro do controle de constitucionalidade brasileiro, transformando-o num mecanismo não mais restrito à proteção de interesses subjetivos, mas sim de defesa da ordem constitucional, finalidade esta que se aproxima do objetivo da fiscalização abstrata na jurisdição constitucional.

2.1.2.3 A releitura do instituto da suspensão senatorial no atual contexto do controle de constitucionalidade.

Ao Supremo Tribunal Federal cabe declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei, podendo fazê-la de três modos: a) através de *competência originária* (mandando de segurança contra ato da Presidência da República – Constituição Federal, artigo 102, I, d); b) ao julgar *recurso ordinário* (interposição contra um *habeas corpus* do Superior Tribunal de Justiça – Constituição Federal, artigo 102, II, a); c) na apreciação de um *recurso extraordinário* (Constituição Federal, artigo 102, III, B). Assim, por meio de qualquer dessas suposições, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, por maioria absoluta, pode declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei. Nestes casos, a nossa Carta Magna preceitua no artigo 52, X¹⁰², a comunicação da decisão ao Senado Federal, que poderá suspender, no todo ou em parte, a execução da lei declarada inconstitucional.

O instituto da suspensão da execução pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi a maneira que o constituinte encontrou para dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade.

O fundamento histórico e técnico da intervenção do Senado reside na importação do modelo de controle de constitucionalidade difuso do sistema norte-americano, onde as decisões dos tribunais são vinculantes para os demais órgãos judiciais sujeitos à sua competência revisional. Destarte, neste direito, os julgados de

¹⁰² Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

inconstitucionalidade produzidos pela Suprema Corte, ainda que discutidos num caso concreto, produzem efeitos gerais. Na contramão deste sistema, o direito brasileiro, de bases romano-germânicas, não atribui eficácia vinculante aos seus julgados, nem mesmo àqueles da Excelsa Corte. Logo, a competência para o Senado Federal suspender a execução de norma declarada inconstitucional teve por fundamento a extensão de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas no caso concreto, cujos efeitos, via de regra, alcançam somente as partes da lide.¹⁰³ Em realidade, a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade é criação pátria dos constituintes de 1934,¹⁰⁴ num tempo em que não se admitia o controle concentrado, de modo que o nosso sistema ficou no meio termo entre o controle judicial norte-americano e o controle político europeu, surgindo a posição híbrida do Senado Federal.

Nesta seara, ainda que a doutrina questione aspectos do instituto senatorial, há consenso quanto ao seu ponto mais característico, que permanece o mesmo desde 1934: a concessão de eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal que, em controle difuso, declarou a sua inconstitucionalidade. A natureza deste instituto é, portanto, normativa, uma vez que há a universalização de um determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo. Saliente-se, o Senado faz valer para todos o que era circunscrito às partes litigantes, generalizando os efeitos de uma decisão singular.¹⁰⁵

Ocorre que, como sustenta uma parte da doutrina e da jurisprudência, a necessidade de que a concessão de eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal esteja sujeita a uma decisão do Senado Federal deixou de ter significado com a ampliação do controle abstrato de normas, passando a sofrer um processo de obsolescência.¹⁰⁶

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 129.

¹⁰⁴ “Os constituintes de 1934 procuraram erigir um sistema de tal forma que, ‘uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, os efeitos da declaração não se cingissem ao caso particular, mas aproveitassem a todos’. Tratava-se de industrializar um mecanismo que prevenisse a reprodução de tantas demandas quanto fossem ‘os interessados agravados pelo ato inconstitucional’. O dispositivo, mantido pelas demais Constituições, exceto a de 1937, encontra-se hoje inscrito no art. 52, X, da Constituição de 1988, segundo o qual compete ao Senado Federal, privativamente, ‘suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’”. (CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p.115.)

¹⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2001, p. 31-33.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, cit., p. 266.

Os defensores deste entendimento sustentam que a extensão dada à fiscalização concentrada e a possibilidade de que haja suspensão, via liminar, da eficácia das leis ou atos normativos, corroboraram para que a crença na fundamentação deste instituto fosse abalada. Portanto, se o Supremo Tribunal Federal pode através de uma ação direta de inconstitucionalidade suspender liminarmente a eficácia de uma lei, até mesmo de Emenda Constitucional, não haveria sentido a declaração incidental de inconstitucionalidade repercutir somente *inter partes*, levando-se à conclusão de que a existência da suspensão senatorial está alicerçada em razões históricas.¹⁰⁷ Nesta linha ensina Luis Roberto Barroso:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, sejam em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já que não há lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados ao art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!¹⁰⁸

A partir destas reflexões, sustenta-se que é necessário fazer uma releitura do papel do Senado no processo de fiscalização de constitucionalidade. De acordo com Gilmar Mendes, principal defensor da defasagem do instituto senatorial, a expansão da legitimidade para o controle concentrado somado à concessão de efeitos vinculantes para as suas decisões inseriu a competência reservada ao Senado Federal em uma concepção de separação de poderes já ultrapassada,

¹⁰⁷ “É questionável a permanência da fórmula (encontrada pelo Constituinte de 1934) na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, na atualidade, não apenas a fiscalização incidental, mas também a concentrado-principal, decorrente de ação direta e, inclusive, para suprimimento de omissão. Tem-se que chegou a hora, afinal, de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item. O estudo do direito comparado pode demonstrar que, com vantagem, pode a república substituir o modelo atual pelo praticado em outros países que emprestam, satisfeitos determinados e rigorosos pressupostos, à decisão do órgão fiscalizador de constitucionalidade, eficácia erga omnes”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p.124-125.)

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 131.

sendo legítimo sustentar que o *decisum* proferido pelo STF produza efeitos *erga omnes*, cabendo ao Senado apenas publicar essa decisão.¹⁰⁹

De tal modo, os doutrinadores argumentam que a interpretação que se deu à resolução suspensiva do Senado pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribuiu decisivamente para que a afirmação sobre a teoria da nulidade da lei inconstitucional não tivesse concretização. Em outras palavras, ainda que seja aceito que este instituto retire a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, a suspensão da execução de lei, tal como foi praticada e interpretada, consiste antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional.¹¹⁰ Isto porque, dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é uma impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo inexistente ou ineficaz, não pode ter suspensa a sua execução. Portanto, para se aduzir que a lei inconstitucional é *ipso jure* nula, é necessário defender que o ato de suspensão praticado pelo Senado Federal destina-se, exclusivamente, a dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal.¹¹¹

Ademais, sustenta-se que o legislador ordinário, por meio da Lei n. 8.038/1990 e do artigo 557, §1º-A do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 9.758/1998, entendeu ser possível a ampliação dos efeitos da decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, tanto na declaração incidental de inconstitucionalidade de lei quanto na fixação de determinada interpretação constitucional pela Corte Maior, corroborando a obsolescência do instituto senatorial.¹¹²

Outro argumento relevante localiza-se no controle de constitucionalidade nas ações coletivas, pois é uma incongruência sustentar que uma decisão de declaração

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, cit., p. 270.

¹¹⁰ Para muitos juristas, o que o Senado Federal faz é suspender o ato declarado inconstitucional, o que é mais que revogar uma lei. A revogação funciona *ex nunc* e não desconstitui os atos perfeccionados sob a lei revogada; a suspensão por inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc*, desconstituindo todo o passado, posto que o que é inconstitucional é nulo, ou seja, jamais existiu. Nessa linha de pensamento, mesmo o ato revogado, se produziu efeitos concretos, pode ser suspenso, após acórdão do Supremo, desconstituindo-se o que produziu irregularmente. (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle De Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 151-153.)

¹¹¹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 145-146.

¹¹² Nesta sentido, verificar o ponto 2.1.1.1 que trata da restrição à cláusula da reserva de plenário.

de inconstitucionalidade proferida em sede de ação civil pública ou mandado de segurança coletivo tenha eficácia apenas entre as partes.¹¹³

Portanto, há uma linha teórico-jurisprudencial que entende que a competência do Senado Federal é de simplesmente dar publicidade à lei declarada inconstitucional, uma vez que o próprio *decisum* da Corte detém força normativa.¹¹⁴ Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal, os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau defendem, conforme será abordado no Capítulo III deste trabalho, que o artigo 52, X, teria sofrido uma verdadeira *mutação constitucional*.¹¹⁵⁻¹¹⁶ Contudo, este posicionamento doutrinário que reduz a competência constitucional do Senado Federal, em sede de controle de constitucionalidade difuso, a um órgão de publicidade não é pacífico, ensejando muitas controvérsias.¹¹⁷

Em verdade, é salutar verificar que ao se compreender a função senatorial apenas como um órgão de publicidade das decisões da Suprema Corte, aceita-se que os efeitos produzidos nesta categoria de fiscalização não são mais *inter partes*, mas sim *erga omnes*. Ou seja, a alteração da função do Senado Federal implica numa modificação substancial do controle de constitucionalidade difuso que passa a produzir julgados com efeitos *erga omnes* e vinculantes, tal como na modalidade abstrata.

Há juristas que questionam esta aproximação dos efeitos do controle de constitucionalidade concreto e abstrato por entenderem que a eficácia geral dada

¹¹³ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade...**, p. 279.

¹¹⁴ “Atualmente, especialmente após a Constituição de 1988, a exaltar o modo abstrato de controle de constitucionalidade (do qual não participa o Senado Federal), tornando o modo difuso, clássico, apenas auxiliar, bem assim, especialmente, após a edição da Lei 9.868/99, que permite ao STF uma enorme gama de variações sobre a eficácia da decisão de inconstitucionalidade, há que se indagar, com mais veemência ainda, até quando essa anômala função, que mal se insere nas hipóteses de retroatividade ou irretroatividade da decisão judicial, bem assim com a coisa julgada, perdurará no nosso ordenamento constitucional. O controle de tipo europeu é considerado um modo acentuadamente político de controle, mas não é, em hipótese alguma, atribuído a um órgão legislativo, ainda mais que tenha participado da elaboração da lei.” (PALU, Oswaldo Luiz. **Controle De Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**, cit., p. 153.)

¹¹⁵ STF, Reclamação n. 4.335-5/AC, rel. Min. Gilmar Mendes.

¹¹⁶ A defesa de uma ocorrência de mutação constitucional no art. 52, X é bastante polêmica. No próprio Supremo Tribunal Federal os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa entendem que, embora a competência reservada ao Senado Federal esteja obsoleta, não é possível suprimi-la através de um “projeto de decreto de mutação constitucional”.

¹¹⁷ Oportuno destacar que o objetivo deste tópico não é investigar sobre a proposta de mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal, mas apresentar as diferentes posições doutrinárias sobre o instituto da resolução suspensiva do Senado em sede de fiscalização difusa de constitucionalidade.

para a fiscalização abstrata é produto de uma análise em tese da questão constitucional, sendo-lhe garantida legitimidade democrática em virtude do rol de legitimados para a propositura das ações diretas e da abertura para a sociedade participar da interpretação constitucional, por meio do *amicus curiae* e da audiência pública.

Tal fato não ocorre na fiscalização difusa que examina a questão constitucional a partir de um caso concreto e provoca o Supremo Tribunal Federal por meio de um particular, sendo controversa a admissão de *amicus curiae* e inexistente o debate acerca da convocação de audiências públicas. Destarte, por esta perspectiva, uma decisão no controle incidental que tem eficácia genérica carece de legitimidade democrática, saliente-se, há uma violação aos direitos fundamentais. Consorte a isso, ensinam Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Martônio Lima:

O modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. (...) Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.¹¹⁸

Outrossim, admitir eficácia *erga omnes* e força vinculante às decisões proferidas em sede de fiscalização difusa pode ferir o princípio da isonomia, já que uma questão constitucional analisada a partir das peculiaridades do caso concreto não pode repercutir, sem qualquer restrição, em todos os cidadãos. A declaração de

¹¹⁸ STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimação da jurisdição constitucional**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em 04.04.2010.

inconstitucionalidade de lei tem que cumprir a função de orientação na atividade dos juízes e Tribunais, pois não há como alcançar a segurança jurídica sem que se preserve o princípio da isonomia.

Portanto, a partir da perspectiva dos juristas que fazem ressalvas à concessão de efeito *erga omnes* e vinculantes às decisões em sede de fiscalização concreta, é necessário que o *decisum* só produza efeitos genéricos quando a questão for examinada e, abstrato, em defesa da isonomia, e com a participação da sociedade na interpretação da questão constitucional, em defesa da legitimidade democrática.

A questão que envolve o instituto da suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal divide as opiniões doutrinárias. Contudo, independente da linha a ser seguida, a proposta de uma extensão subjetiva da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de fiscalização concreta pela Corte Maior, dispensando o ato senatorial que confere efeitos vinculantes e *erga omnes* a essa decisão e atribuindo ao órgão legislativo a função de publicidade da decisão judicial da Corte Constitucional, reflete mais um ponto indicativo da propensão de se aplicar a teoria da abstrativização do controle concreto no contexto da fiscalização da constitucionalidade.

2.1.2.4 A possibilidade de modulação dos efeitos das decisões proferidas em controle concreto.

Outra inovação que tem sido admitida no âmbito jurisprudencial é a possibilidade da modulação de efeitos temporais da lei declarada inconstitucional em sede de fiscalização difusa. Esta modulação de efeitos na hipótese de declaração de inconstitucionalidade em controle incidental, embora não conste expressamente em nenhum dispositivo legal, tem sido utilizada com frequência pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao se estudar o fenômeno da inconstitucionalidade, na doutrina brasileira é corrente que a lei inconstitucional é lei nula, vale dizer, a inconstitucionalidade reside na seara da nulidade.¹¹⁹ Em decorrência deste entendimento, a decisão que

¹¹⁹ “A lei contrária à Constituição, ensina Buzaid, ‘é írrita e nula e não apenas anulável’. (...) Por isso, a decisão do tribunal, uma vez passada em julgado é, em relação ao caso, final, intocável, definitiva,

determinar a inconstitucionalidade de uma lei tem natureza declaratória, isto é, que há apenas o reconhecimento de um vício preexistente. Destarte, a nulidade da norma deve ser observada desde o seu nascimento, não havendo possibilidade de produção de efeitos válidos.¹²⁰

O corolário da supremacia da Constituição é que uma norma cuja inconstitucionalidade foi declarada não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis. A partir disso, no controle de constitucionalidade difuso, o juiz responsável pela lide, ao reconhecer determinada norma como inconstitucional, deve dar à decisão eficácia retroativa, ou seja, *ex tunc*.¹²¹

Todavia, a teoria da nulidade da lei declarada inconstitucional gerava celeumas, uma vez que em certas lides era difícil eliminar todos os efeitos produzidos pela norma inconstitucional, em razão de princípios como a boa-fé, a presunção de constitucionalidade e a segurança jurídica.

Para solucionar as intempéries advindas dos efeitos temporais da lei declarada inconstitucional, o legislador ordinário consagrou, para o controle concentrado de constitucionalidade, o artigo 27 da Lei n. 9.868/99¹²² que preceitua a seguinte regra: ainda que de um modo geral a declaração de inconstitucionalidade de lei produza efeitos *ex tunc*, é possível que, mediante razões de relevante interesse social e segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal, com aprovação de dois terços de seus membros, dê ao julgado efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*. Vale dizer, o instituto é uma exceção à consolidada regra da retroação da eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, razão pela qual o legislador impôs à aplicação de tal procedimento um quorum qualificado, qual seja, dois terços dos Ministros que compõem a Suprema Corte. Logo, o instituto consiste na excepcional

produzindo, quanto à lei, efeito *ex tunc*, tal como se ela (a lei declarada inconstitucional) 'jamais houvesse existido – is as though it never existed'. No direito brasileiro, portanto, assim como no americano, da declaração incidental de inconstitucionalidade decorre, para o caso, a nulidade do ato". (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p.113.)

¹²⁰ "(...) a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (*null and avoid*) e, por isso *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente *declara (pré-existente) nulidade da lei inconstitucional*. (CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**, cit., p.115.)

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, cit., p. 124.

¹²² Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, ao prever um cenário de possível violação à segurança jurídica ou de extraordinário interesse social, limitar e modular a eficácia temporal da decisão judicial de forma a melhor atender a realidade fática da conjuntura que envolve o julgamento.¹²³

Ocorre que, como já foi assinalado, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes nos quais, mesmo em sede de controle concreto, deixou de conceder efeitos retroativos ao *decisum* de inconstitucionalidade, a partir da ponderação com outros valores e bens jurídicos que seriam afetados. Assim, nos últimos anos a Suprema Corte tem decidido mais assiduamente casos com modulação dos efeitos temporais, pautando-se na interpretação analógica do art. 27 da Lei n. 9.868/99.

Neste sentido, interessante é o ensinamento de Luís Roberto Barroso:

Como se sabe, e bem expressa o dispositivo legal, a modulação, no mais das vezes, é o resultado da incidência do princípio constitucional da segurança jurídica e seus subprincípios a um determinado caso concreto. Em outras palavras, ela é decorrência de um juízo de ponderação em que prevalecem os valores constitucionais da estabilidade das relações jurídicas, da confiança legítima e da boa-fé dos indivíduos sobre uma determinada violação constitucional. Assim, na realidade, a modulação *independe de autorização legal, decorrendo diretamente das normas constitucionais que preservam a segurança jurídica*. Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal já aplicava a técnica antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/99.¹²⁴

A adoção do mecanismo previsto no controle concentrado de constitucionalidade para a fiscalização difusa nasce na jurisprudência,¹²⁵ de modo

¹²³ “O artigo 27 da Lei n. 9868/99 inovou significativamente no que concerne aos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade, ao fixar prerrogativa de o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços e em vista de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringi-los ou determinar que as declarações de inconstitucionalidade proferidas em abstrato produzam efeitos a partir da publicação da decisão (*ex nunc*) ou de outro momento que ache por bem fixar (*pro futuro*). Criou-se assim um regime em que a retroatividade dos efeitos é uma regra que deve conviver com as exceções. Com isso, o legislador afastou-se de um modelo rígido e absoluto que obrigava à definição, por uma ou por outra natureza jurídica, a ser atribuída à inconstitucionalidade. Isso porque, quanto aos efeitos, o dispositivo permite que sejam disciplinados ora como se fosse o ato inconstitucional fosse nulo, ora como se fosse anulável, ora como se fosse ‘ainda válido’.” (ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. O. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 22.)

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada. Quorum de deliberação**. Parecer por solicitação do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Cezar Britto. Disponível em http://www.conjur.com.br/dl/parecer_barroso_cofins.pdf. Acesso em 07.09.2010.

¹²⁵ Nesta linha, estão os seguintes julgados: STF, RE n. 122202/MG, rel. Min. Francisco Rezek, DJU 8.04.1994 (vantagem inconstitucional percebida de boa-fé por magistrados); STF, RE n. 78594/SP,

que cumpre aqui destacar algumas decisões que concretizam esta técnica de decisão.¹²⁶ Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes é o grande defensor da aplicabilidade do artigo 27 para o controle difuso,¹²⁷ veja-se:

Limitação de efeitos no sistema difuso. Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. (...) 'É preciso acrescentar que o Tribunal Constitucional deve declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral e eficácia retroativa e repristinatória, a menos que uma tal solução envolva o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de interesse público de excepcional relevo' (Medeiros, A Decisão de Inconstitucionalidade, cit., p. 703/704). Na espécie, não parece haver dúvida de que o deferimento do efeito suspensivo justifica-se plenamente. A aplicação da decisão impugnada poderá criar quadro de grave insegurança jurídica. É certo, ademais, que, mantida a declaração de inconstitucionalidade, afigura-se plausível pedido manifestado no sentido de sua prolação com eficácia *ex nunc*. Concedo, portanto, o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, *ad referendum* do Pleno, até o final julgamento da questão."¹²⁸

Nesta linha, também o Ministro Celso de Mello:

rel. Min. Bilac Pinto, DJU 04.11.1974 (penhora realizada por oficial de justiça cuja lei de investidura foi considerada inconstitucional).

¹²⁶ Também o Superior Tribunal de Justiça entende que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei não desfaz, automaticamente, as decisões proferidas em casos individuais e já transitadas em julgado. Ver. REsp n. 140947/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 30.11.1998.

¹²⁷ Gilmar Mendes fundamenta o seu entendimento nos seguintes pontos: a) no direito norte-americano, onde há o sistema difuso mais tradicional do mundo, passou-se a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, demonstrando que o controle incidental não é incompatível com a idéia de limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade; b) a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no incidental; c) que os fundamentos legitimadores da restrição de efeitos no controle abstrato embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos; d) tendo em vista a autonomia dos processos de controle concreto e de abstrato, há possibilidade de um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no controle incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*), o que poderá ensejar uma grave insegurança jurídica; e) o art. 27 da Lei n. 9.868/99 possui natureza interpretativa, podendo ser aplicado aos casos de fiscalização concreta. (MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, cit., p. 292-298.)

¹²⁸ STF, Petição n. 2.859-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, julgamento em 6-4-04, DJ 16.4.04

A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex tunc (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso.¹²⁹⁻¹³⁰

Consoante a jurisprudência que aponta na direção de modular os efeitos das decisões em sede de controle concreto,¹³¹ tal como na fiscalização abstrata, há doutrinadores que também defendem a aplicação, por analogia, do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 à fiscalização difusa:

Parece precipitado interpretar o dispositivo no sentido de que a modulação dos efeitos somente seja possível no âmbito do controle por via de ação. (...) Não parece correto interpretar a possibilidade de disposição dos efeitos somente aplicável ao controle abstrato de constitucionalidade, apenas porque está autorizado pela lei que justamente regulamenta o controle de constitucionalidade por via de ação. Como será demonstrado mais adiante, o que efetivamente suscita a necessidade de superação da regra ex tunc são as normas constitucionais que tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional, protegendo situações deduzidas em juízo tanto pelo controle concreto como pelo abstrato.¹³²

Na seara da modulação de efeitos em sede de controle de constitucionalidade difuso, parece acertado tecer comentários acerca do mandado de injunção. Nos termos do artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, *“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”*. Destarte, *“o mandado de injunção foi concebido, assim como a ação de inconstitucionalidade por*

¹²⁹ STF, RE n. 395.902-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 7.3.06, DJ 25.8.06.

¹³⁰ Outros julgados do Supremo Tribunal Federal que também merecem destaque e que confirmam a tendência de aplicar a modulação temporal dos efeitos em sede de controle difuso são: RE 197.917, Rcl 2.391 e HC 82.959.

¹³¹ Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha proferido decisões que aplicam o artigo 27 da Lei n. 9.869/99 ao controle de constitucionalidade concreto, há julgados na contramão deste posicionamento: RE n. 430.421 AgR, rel. Min. Cezar Peluso, DJU 04.02.2005; AI 521.546, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 26.04.2005; AGR 47.398, rel. Min. Eros Grau DJU 22.06.2005.

¹³² ÁVILA, Ana Paula O. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**, cit., p. 58.

omissão, para assegurar a efetividade das normas constitucionais que impõem ao Estado um dever (prestação positiva) de legislar (com o sentido de normatizar)”.¹³³

Esclarecida a conceituação constitucional desta ação, aqui nos interessa abordar, de modo sintético, a posição acerca do seu objeto, que sobre o tema a doutrina vinha se posicionando basicamente em três correntes. Uma primeira corrente sustenta que o provimento jurisdicional do mandado de injunção é o mesmo obtido na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, vale dizer, o objeto dessa ação consiste em dar ciência ao órgão legislativo responsável pela edição de norma de que está em mora, que deve elaborar a regulamentação exigida pela Constituição. Uma segunda posição defende que cabe ao Judiciário a responsabilidade de atuar substitutivamente ao legislador, editando a norma faltante à operatividade do direito constitucional, com efeitos *erga omnes*. Por fim, a terceira corrente aduz que o mandado de injunção serve para viabilizar o direito no caso concreto, isto é, *“o papel do juiz não seria o de ‘legislar’, mas o de ‘aplicar’ o direito ao caso concreto, revelando a normatividade já inscrita no dispositivo constitucional e removendo eventuais obstáculos à sua efetividade.”*¹³⁴ Esta pontuação sobre as correntes é oportuna para que se compreenda os efeitos práticos que a jurisprudência tem dado para o mandado de injunção.

Pois bem. No que tange ao objeto do mandado de injunção o Supremo Tribunal Federal já se posicionou com diversos contornos. Inicialmente esta Corte entendeu que a procedência leva apenas à comunicação do órgão legislativo responsável de sua omissão, e da necessidade de adoção de medidas que supram a lacuna existente.¹³⁵ Mais recentemente, a Suprema Corte entendeu que, de acordo com a natureza da norma que necessita de regulamentação legislativa, pode o juiz determinar o Direito a ser aplicado para a situação concreta em questão, ou mesmo fixar um prazo certo para a edição de medida necessária, que, em caso de desatendimento, assegura ao interessado direito à indenização pela impossibilidade de exercício ou concretização de um direito que lhe é constitucionalmente

¹³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

¹³⁴ *Idem*.

¹³⁵ Este é o entendimento direcionado pelo Ministro Moreira Alves proferido na questão de ordem levantada no MI 107/DF, DJ 21.09.1990, acerca da auto-aplicabilidade do mandado de injunção.

garantido.¹³⁶⁻¹³⁷ Num outro julgado o Supremo Tribunal Federal deu um passo maior e reconheceu, após vencido o prazo razoável para que o órgão legislador editasse norma adequada, o direito de o interessado passar a gozar de imunidade requerida, ainda que não atendesse aos requisitos estabelecidos em lei, justamente por não haver lei.¹³⁸⁻¹³⁹ Recentemente, a Corte Suprema tem reconsiderado os efeitos declaratórios de reconhecimento da mora da decisão em sede de mandado de injunção. Nesse diapasão, o Ministro Gilmar Mendes discutiu no Mandado de Injunção n. 670/ES sobre o direito de greve de servidores públicos, propondo em seu voto que, ante a omissão legislativa, fosse aplicada a Lei n. 7.783/1989 que trata do exercício de greve no âmbito da iniciativa privada. Assim, entendeu o Ministro que é necessário se atentar para a emissão de decisões eficazes, de forma a garantir os direitos constitucionalmente previstos, não devendo ser proferidas decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra o seu dever:

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetida absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo. (...) Não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. (...) Uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos. Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito.

¹³⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 976.

¹³⁷ No MI n. 283/DF, DJ 14.11.1991, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Tribunal, pela primeira vez estipulou prazo para que fosse suprimida a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados.

¹³⁸ STF, Mandando de Injunção n. 232/RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

¹³⁹ No mesmo sentido está o MI n. 284, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, DJ 26.06.1992. Conferir também: MI n. 562/DF, rel. Min Ellen Gracie, DJ 20.06.2003; Mandando de Injunção n. 543/DF, rel. Min. Octavio Gallotiti, DJ 24.05.2002; MI n.679, rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002.

Seguindo este entendimento sobre a eficácia imediata das decisões em sede de mandando de injunção, o Ministro Marco Aurélio no MI 721/DF sustentou que:

O instrumental previsto pela Lei Maior, em decorrência de reclamações, consideradas as Constituições anteriores, nas quais direitos dependentes de regulamentação não eram passíveis de ser acionados, tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. (...) Alias, há de se conjugar o inciso LXXI do artigo 5 da Constituição Federal com o par. 1 do citado artigo, a dispor que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais constantes da Constituição têm aplicação imediata.

Dessa forma, *in casu*, o Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, a mora do Congresso em legislar sobre o exercício de greve no setor público e, por maioria de votos, decidiu aplicar, com certas adaptações, a lei de greve existente no setor privado.

A análise desta nova interpretação da Suprema Corte se mostra interessante na abordagem deste trabalho devido à ampliação subjetiva dos efeitos da decisão, isto é, foi inaugurado no julgado referente ao direito de greve a possibilidade de em decisões proferidas em mandando de injunção, cuja previsão é solucionar omissão legislativas decorrentes do caso concreto, com conseqüente efeito *inter partes*, conceder-se efeitos *erga omnes*. Na contramão deste entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski no Mandado de Injunção n. 708-0 divergiu da decisão adotada pela maioria, que optou por resolver em definitivo e com efeitos gerais a mora legislativa, concedendo o exercício de greve somente aos impetrantes. Segundo este Ministro:

De fato, embora sedutora a idéia segundo a qual seria possível e desejável, até, aplicar-se a todos os movimentos paredistas do setor público a Lei 7.783/89, destinada a regular as paralisações no setor privado, disciplinando, assim, definitivamente, ou enquanto perdurar a inércia do Legislativo, as greves de servidores públicos, hoje carente de qualquer regulamento, quer me parecer que tal solução, insisti, representaria indevida ingerência do Judiciário na competência privativa do Congresso Nacional de editar normas abstratas e de caráter geral, além de desfigurar o mandando de injunção, importante instrumento concebido pelo constituinte para regular, caso a caso, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa assegurados na Carta Magna.

Portanto, para concluir a abordagem acerca da modulação dos efeitos das decisões em sede de fiscalização difusa e concreta, cumpre salientar que, alheio à discussão de ser ou não possível a adoção do artigo 27 da Lei n. 9.868/99 ao controle de constitucionalidade difuso, e ainda às celeumas referentes ao mandado de injunção, este tópico objetiva demonstrar, de forma sintética, a inclinação da jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, em adotar um instituto típico do controle abstrato à fiscalização concreta, destacando, assim, mais um elemento que evidencia a aproximação dos dois sistemas de controle de constitucionalidade.

3. CASOS REFERENCIAIS NA TENDÊNCIA DE DILAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA E CONCENTRADA.

3.1 Recurso Extraordinário n. 197.917-8/SP: O caso do Município de Mira Estrela.

Este julgado merece destaque no contexto analisado por este trabalho, pois os votos proferidos pelos Ministros apresentam fundamentos que evidenciam a tendência de alargamento do controle de constitucionalidade abstrato na jurisdição constitucional.

No caso em tela, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou uma ação civil pública contra a Câmara de Vereadores do Município de Mira Estrela requerendo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 6º, § único, da Lei Orgânica de Mira Estrela. Este artigo determinava o número de 11 vereadores para compor a Câmara Municipal, dispositivo que afrontava diretamente o que preceitua o artigo 29, inciso IV, alínea “a” da Constituição Federal.¹⁴⁰⁻¹⁴¹ Desta forma, a ação civil pública proposta alegava que ao estabelecer o número de 11 vereadores, o Município de Mira Estrela violava o princípio da proporcionalidade estabelecido pela Carta Maior.

No juízo *a quo*, a sentença declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica de Mira Estrela, determinando a redução de 11 para 9 parlamentares e decretando a extinção dos mandatos que excederam o limite constitucional. Ademais, houve a condenação para restituir o que eventualmente fosse recebido a

¹⁴⁰ Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes.

¹⁴¹ Oportuno destacar que o inciso IV do artigo 29 da Constituição Federal teve a sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 58/2009, ficando com a seguinte redação: IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes; c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; (...).

partir da sentença, restando indeferida a devolução dos subsídios anteriormente percebidos.

Inconformada, a Câmara de Vereadores apresentou recurso ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo requerendo a modificação da sentença por entender não ser inconstitucional o dispositivo atacado, argüindo ainda, que a declaração de inconstitucionalidade implicaria numa crise municipal. O juízo *ad quem* entendeu não haver afronta ao texto constitucional, julgando procedente o recurso.

Da decisão da Corte de Justiça de São Paulo, alcançou-se o Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário n. 197.917-8/SP. Nesta oportunidade, o Ministério Público Federal apresentou parecer no sentido do conhecimento e provimento do recurso, ante a antijuridicidade do ato normativo que estabelece o número de 11 vereadores para o Município de Mira Estrela, de modo que, tal violação à Constituição causa intolerável lesão ao patrimônio público.

O relator do Recurso, o senhor Ministro Maurício Corrêa, aduziu em seu voto sobre a interpretação do artigo 29 da Constituição, quando, no seu inciso IV, dispõe que o número de vereadores deve ser proporcional à população do Município. Para o Ministro, nenhuma expressão que reside na Constituição está ausente de significado, ou seja, este trecho constitucional foi introduzido pelo legislador com o intuito de se definir um critério balizador para o número de vereadores, qual seja, a proporcionalidade aritmética de acordo com a população municipal.

Feita esta breve síntese do eminente relator, cumpre aqui salientar, posto que fundamental para a compreensão deste tópico, os argumentos presentes neste Recurso Extraordinário acerca da proposta para uma limitação temporal dos efeitos da decisão, que foram aprovados por maioria pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão, o voto do Ministro Gilmar Mendes apresenta uma fundamentação sólida acerca da possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de fiscalização concreta. Em seu voto, o eminente Ministro argumenta que embora a Lei n. 9.868/99 tenha autorizado o Supremo a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados ao controle de constitucionalidade concentrado, é pertinente indagar sobre a admissibilidade do uso desta técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Nas palavras do Ministro, “*não estou a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868/99, cuida-se aqui tão-somente de*

examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade”.

Para fundamentar o seu posicionamento, Gilmar Mendes faz uma análise da questão no direito norte-americano, que é a matriz do sistema americano, sustentando que o sistema difuso mais tradicional do mundo passou a admitir a possibilidade de se mitigar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e, em certos casos, permitiu-se até mesmo a declaração com efeito exclusivamente pro futuro. Assim, destaca o Ministro que a partir da observação do direito americano, interessa destacar que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.¹⁴²

Para Gilmar Mendes, “a base constitucional dessa limitação de efeitos - necessidade de outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo.” Assim, diante deste contexto, e pautados nos fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, o Tribunal poderá declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, ressalvados os casos já decididos ou os pendentes até certo momento. Vale dizer, ao Supremo Tribunal Federal cabe declarar a inconstitucionalidade restrita, sendo que a decisão afetará os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias.¹⁴³

¹⁴² O direito americano repensou a aplicação da teoria da nulidade quando analisou que em alguns casos a aplicação de efeitos *ex tunc* à decisão provocaria a libertação de muitos condenados, uma vez que a condenação estava baseada em lei inconstitucional. Destarte, múltiplas seriam as ações movidas pelos particulares contra o Estado em busca de uma possível indenização. Portanto, quando foi julgado o *leading case Map v. Ohio* e a *Supreme Court* americana entendeu que a prova obtida ilegalmente não poderia ser utilizada em processos de natureza penal (o que ensejaria inúmeros pedidos de habeas corpus fundamentados no estabelecido em *Map v. Ohio*), foi alterado o entendimento de que a lei declarada inconstitucional deveria ter efeitos retroativos, por se entender que tal eficácia implicaria numa grande insegurança jurídica, pois haveria desconfiança da população em torno das decisões dos órgãos estatais. Deste então, a Corte Suprema passou a modular os efeitos das decisões de duas maneiras: a) os efeitos só se aplicariam a partir do processo originário (*limited prospectivity*); b) os efeitos não se aplicariam a partir da decisão no processo originário, mas num momento posterior à decisão e definido pela Corte Suprema (*pure prospectivity*).

¹⁴³ Em diversas oportunidades já houve na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reflexão sobre a relativização do critério da eficácia *ex tunc* na declaração de inconstitucionalidade no tempo em sede de controle difuso. Nesse sentido: STF, 1ª Turma, RE 78209, rel. Min. Aliomar Baleeiro, pub. 09.10.1974; STF, 2ª Turma, RE 78594, rel. Min. Bilac Pinto, pub. 30.10.1974; STF, 1ª Turma, RE 79628, rel. Min. Aliomar Baleeiro, pub. 11.12.1974; STF, 1ª Turma, RE 79343, rel. Min. Leito de Abreu, pub. 02.09.1977; STF, 2ª Turma, RE 105789, rel. Min. Carlos Madeira, DJU 09.05.1986; STF, 2ª Turma, RE 122202, rel. Min. Francisco Rezek, DJU 08.04.1994.

O fato é que, conforme o entendimento do Ministro, não se está a negar o caráter de princípio do princípio da nulidade da lei inconstitucional. Mas é preciso compreender que há casos em que a aplicação deste princípio pode afrontar a finalidade intentada, causando danos para o próprio sistema constitucional, como a grave ameaça à segurança jurídica. Portanto, quando se está diante de um conflito entre os princípios da nulidade e da segurança jurídica, a solução dependerá de um processo de ponderação, restando claro que considerações que demonstrem razões de segurança jurídica podem ser aptas a fundamentar a não aplicação do princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Nesta linha de raciocínio, Gilmar Mendes afirma que *“resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional.”*

Este Ministro conclui então que a regra principal no direito brasileiro é o princípio da nulidade, sendo afastada a sua incidência quando, a partir de um juízo de ponderação, embasado no princípio da proporcionalidade, prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante.

Aplicando toda esta fundamentação ao caso da Câmara dos Vereadores do Município de Mira Estrela, Gilmar Mendes defende que

eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos e leis aprovados. (...) Na espécie, não parece haver dúvida de que um juízo rigoroso de proporcionalidade recomenda a preservação do modelo legal existente na atual legislatura. É um daqueles casos notórios, em que a eventual decisão de caráter cassatório acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Portanto, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 6º, da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, reconhecendo que, ante a nova orientação que se desenha, caso este de revisão

jurisprudencial,¹⁴⁴ a decisão somente poderia ser tomada com eficácia *pro futuro*, ou seja, não afetaria a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regulasse o pleito eleitoral seguinte.

Em consonância com este entendimento, o Ministro Cezar Peluso entendeu que a limitação excepcional dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é compatível com o controle difuso. Nas palavras deste jurista,

se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e consequências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. (...) A regra da nulidade, enfim, cede apenas a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica, ditadas por situações excepcionais, como a do caso.

Também votaram a favor da modulação dos efeitos da decisão, mesmo em sede de controle difuso, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Nelson Jobim, Joaquim Barbosa e Carlos Britto. Restaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello.

É relevante destacar que o Tribunal Superior Eleitoral, conferiu eficácia *erga omnes* a este julgado, e editou a Resolução n. 21.702/2004, no qual adotou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Essa Resolução foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade¹⁴⁵ que foram rejeitadas sob o fundamento de que o Tribunal Superior Eleitoral, ao estender a interpretação constitucional definitiva dada pela Suprema Corte, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição.

A partir desta análise concisa sobre os votos dos Ministros que apresentaram fundamentos acerca da limitação dos efeitos em sede de controle

¹⁴⁴ Neste sentido, Gilmar Mendes faz no seu voto uma reflexão acerca da evolução jurisprudencial. Com efeito, ele entende que as relações fáticas que o legislador tinha perante si variam de tal modo que a norma deixa de se ajustar às novas relações, vale dizer, o que no momento da gênese da lei atuava de modo determinado, tal como desejado pelo legislador, pode, num momento posterior, atuar de outro modo, que nem o legislador previu. Assim, as situações da vida são constitutivas do significado das regras de direito, posto que é somente no momento de sua aplicação aos caso concreto que se revelam o sentido e a abrangência das normas. Essa colocação coincide com a observação de Peter Häberle, segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada.

¹⁴⁵ STF, ADINS 3.345 e 3.365, ambas de relatoria do Ministro Celso de Mello.

concreto, oportuno reconhecer que a decisão em tela é considerada um *leading case* por ser um exemplo da tendência de alargamento do controle de constitucionalidade abstrato na jurisdição constitucional, pois foi a primeira vez que o Pleno do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão, em sede de controle incidental, que modulasse os efeitos do *decisum*.

Oportuno comentar, a título de complementação deste tópico, que ao lado da decisão do Recurso Extraordinário n. 191.918-9/SP, o julgamento do Habeas Corpus 82.959-7, também é uma referência no que tange ao tema da modulação dos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade. Este Habeas Corpus alcançou o Supremo Tribunal Federal alegando a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90, que veda a progressão de regime em crimes considerados hediondos. Em suma, na discussão instalada nesta decisão, o Pleno do Supremo Tribunal Federal também debateu sobre a limitação dos efeitos na declaração incidental de inconstitucionalidade. O Ministro Gilmar Mendes votou alicerçado nos mesmo argumentos do Recurso Extraordinário n. 191.918-9/SP. Em contrapartida, a Ministra Ellen Gracie apresentou argumentos deixando de acolher as ponderações do Ministro Gilmar Mendes, por entender, numa breve síntese, que a aplicação da interpretação inovadora da limitação de efeitos, ante este caso concreto, implica num exercício de voluntarismo que a Constituição Federal não autoriza o Supremo Tribunal Federal a fazer. Nesse sentido, votou a Ministra:

Deixo de acolher as ponderações do Ministro Gilmar Mendes, que com seu brilho invulgar de scholar, ainda assim não me consegue fazer aderir à sua proposição de uma declaração de inconstitucionalidade modulada, de sorte a apenas abranger as hipóteses futuras (pure prospectivity), ou seja, as sentenças ainda não proferidas, com ressalva dos casos já decididos. (...) As propostas de solução inspiradas no direito americano não encontram aplicação. Nem é preciso Imbrar que lá o controle de constitucionalidade só se faz por via difusa, enquanto entre nós vigora sistema muito mais complexo que concilia as formas difusa e concentrada de controle. Isso nos obriga a respeitar as limitações decorrentes dessa coexistência de técnicas de controle. Para que a inconstitucionalidade da norma pudesse ser reconhecida com efeitos limitados, seria necessário que a Corte a analisasse em Ação Direta. Por isso, entendo que declara a inconstitucionalidade, com temperamento, desse artigo para aplicar a interpretação inovadora a este caso concreto seria exercício de voluntarismo que nada nos autoriza a fazer.

Acompanharam o posicionamento da eminente Ministra os senhores Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Nelson Jobim. Após a discussão, a decisão do Pleno consistiu em declarar a inconstitucionalidade, “*incidenter tantum*”, do §1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, explicitando que a declaração em questão não gera consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois a presente decisão apenas afasta a norma declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

3.2 Reclamação n. 4335-5/AC: O papel do Senado Federal pela perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Outro caso que merece destaque no atual contexto da abstrativização do controle concreto diz respeito à polêmica travada no Supremo Tribunal Federal a partir da Reclamação n. 4335-5/AC, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes.¹⁴⁶

Esta Reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face de decisão proferida pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime para os condenados apontados pelo reclamante, que cumprem pena de reclusão em regime fechado em decorrência de prática de crime hediondo.

O reclamante alega que o juízo *a quo* descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 82.959-7/SP quando a Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei n. 8.072/90 e afastou a vedação de progressão de regime aos condenados por cometimento de crimes hediondos.

¹⁴⁶ Até a presente data, o julgamento está no seguinte ponto: “Após o voto de vista do Senhor Ministro Eros Grau, que julgava procedente a reclamação, acompanhando o Relator; do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, julgando-a improcedente, mas concedendo *habeas corpus* de ofício para que o juiz examine os demais requisitos para deferimento da progressão, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que não conhecia da reclamação, mas igualmente concedia o *habeas corpus*, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 19.04.2007”. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 01.09.2010.

O juiz de primeira instância fundamentou na sentença que o pedido não poderia ser deferido posto que a Defensoria Pública do Estado do Acre alicerçou o seu argumento numa decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade cuja prerrogativa é produzir efeitos apenas *inter partes*. Para que a decisão do Habeas Corpus n. 82.959-7/SP pudesse servir de fundamento do pedido, o Supremo Tribunal Federal teria que enviá-la ao Senado Federal para que o dispositivo declarado inconstitucional tivesse a sua eficácia suspensa, vale dizer, o juiz da Vara de Execuções Penais entendeu que, uma vez inerte a função senatorial, o disposto na Lei n. 8.072/1990¹⁴⁷ continua em vigor.

Este julgado se torna polêmico e referencial, pois nele se reflete acerca do papel do Senado Federal no contexto da fiscalização difusa. O relator da Reclamação, o Ministro Gilmar Mendes, aduz em seu voto que a fórmula originalmente definida pela constituinte, para conceder eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade tem apresentado dificuldade de enquadramento dogmático. Atualmente, questiona-se sobre a natureza e os efeitos do instituto da suspensão senatorial, bem como se há um caráter vinculado ou discricionário do ato praticado pelo Senado.

O Ministro tece várias observações ao longo do seu voto, pautado em debates da Assembléia Constituinte e em julgados de momentos históricos anteriores, chegando ao entendimento de que *“as conclusões assentadas parecem consentâneas com a natureza do instituto. O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto”*.

Ademais, sustenta Gilmar Mendes que a ampliação do controle de constitucionalidade abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, cooperaram para que a quebra da justificativa deste instituto, que estava pautada numa concepção de separação de poder que hoje está ultrapassada. Destarte, o Ministro acredita que *“o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”*.

¹⁴⁷ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

Outra questão suscitada pelo Ministro para corroborar a necessidade de se reanalisar do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso diz respeito à necessidade de se utilizar o artigo 97 da Constituição nos casos em que a Suprema Corte já tiver se manifestado acerca da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. Neste sentido, em várias oportunidades citadas no voto do relator afirmou-se a dispensabilidade de encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo já tenha se pronunciado sobre a inconstitucionalidade da lei atacada.¹⁴⁸ Diante disso, afirmou o Ministro:

a reserva de plenário da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo funda-se na presunção de constitucionalidade que os protege, somada a razões de segurança jurídica. Assim sendo, 'a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos 'erga omnes', elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhê-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.'

Este entendimento, conforme os termos do voto, deixa claro a evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a praticamente igualar os efeitos das decisões proferidas em sede de controle concreto e abstrato.

Portanto, a partir das reflexões aduzidas, Gilmar Mendes defende a necessidade de uma releitura do instituto senatorial da suspensão de execução de norma declarada inconstitucional. Para ele,

é possível, sem qualquer exagero, falar-se de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. (...) Poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto.

Neste diapasão, o papel do Senado, conforme os ensinamentos de Lucio Bittencourt limitar-se-iam à finalidade de tornar pública a decisão do tribunal, levando ao conhecimento de todos os cidadãos, em outras palavras, o instituto da suspensão de execução de lei pelo Senado Federal deve ter simples efeito de publicidade.

¹⁴⁸ Conforme já foi abordado pelo ponto 2.1.1.1.

Em vista disso, quando o Supremo Tribunal Federal proferir no controle difuso, de modo definitivo, decisão que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, esta conclusão terá efeitos gerais, devendo ser feita a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso, de sorte que, *“a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica”*.

Assim, votou o eminente relator pela procedência da reclamação, por entender que a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em permitir a progressão de regime nos casos de crimes hediondos, desacata a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída ao *decisum* do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 82.959-7/SP, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

O Ministro Eros Grau apresentou o seu voto, após fazer reflexões acerca da interpretação e da aplicação de leis, no mesmo sentido do Ministro Gilmar Mendes, isto é, que o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal sofre um processo de mutação constitucional, de modo que, cabe ao Senado Federal a tarefa de órgão publicizador das decisões do Pretório Excelso, haja vista que a decisão do Supremo Tribunal Federal já detém força normativa para promover a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional.

Segundo o voto do Ministro, o julgador é um “intérprete autêntico” que é dotado de legitimidade para, a partir da “língua do texto normativo”, produzir normas e atualizar o direito, de modo que não se trata apenas de repetir as palavras da lei, mas algo substantivamente diverso disso. Nesta esteira, ao Poder Judiciário cabe a missão de serviço público, devendo o julgador, para a solução dos conflitos, optar entre um posicionamento rígido ou elástico. Para ele, o Ministro Gilmar Mendes opta pela posição elástica.

Ademais, Eros Grau discorre sobre a mutação constitucional, entendendo ele que a proposta do relator não se limita a uma determinada interpretação do artigo 52, inciso X, da Constituição. Nas palavras do Ministro,

A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a

Constituição formal e a Constituição material. Oposições entre uma e outra são superadas por inúmeras vias, desde a interpretação, até a reforma constitucional. Mas a mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.

Logo, o entendimento de Eros Graus, consoante o voto do Gilmar Mendes, é que o texto constitucional que atribuiu ao Senado Federal a competência privativa de suspender norma declarada inconstitucional pelo Supremo é obsoleto, de modo que, deve se entender que, por força de mutação constitucional, compete ao Senado Federal dar publicidade à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declara, no todo ou em parte, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo. O Ministro ainda completa que a mutação constitucional do dispositivo da suspensão senatorial está plenamente adequado ao espaço semântico constitucional.

Diante do exposto, o Ministro Eros Grau reafirmou o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes e julgou procedente a reclamação, entendendo que por se tratar da liberdade de pessoas, *“a não atribuição, à decisão do STF no HC n. 82.959, de força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional compromete o regime de cumprimento de pena, o que não se justifica a pretexto nenhum.”*

Cumprе destacar, em respeito à completude, que neste debate travado no Supremo Tribunal Federal os Ministros Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence já se manifestaram na contramão do entendimento dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Graus. O Ministro Sepúlveda Pertence aduz em seu voto que reduzir a nada o papel do Senado Federal, que teve previsão em todos os textos constitucionais, “vai além da marca”. O Ministro concorda que o instituto senatorial tem se tornado obsoleto, mas que não há necessidade de, por meio de um “projeto de mutação constitucional”, combatê-lo. Para ele, do ponto de vista jurídico seria mais seguro utilizar o instituto da súmula vinculante para conceder efeitos expansivos às decisões do Supremo no controle difuso. Isto posto, Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu *habeas corpus* de ofício, para que o juiz da execução examine os demais pressupostos da progressão de regime postulada pelo reclamante.

Resta claro que o julgamento da Reclamação 4335-5/AC, ainda que não concluído, se torna uma referência no cenário do controle de constitucionalidade brasileiro. A alteração proposta nesta jurisprudência evidencia a inclinação do Supremo Tribunal Federal em promover a dilatação da fiscalização abstrata, vale dizer, a proposta de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, que implica numa releitura do papel do Senado Federal, corrobora a propensão da Corte no sentido de uma abstrativização do controle concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o fechamento deste trabalho monográfico não se intenta alcançar uma conclusão única e absoluta, visto que o estudo aqui proposto, assim como em qualquer pesquisa acadêmica, está constantemente sujeito às vicissitudes, de modo que, a certeza que fica é a necessidade de sempre refletir, pesquisar e buscar o aprimoramento. Portanto, cabe aqui retomar, resumidamente, os pontos principais que alicerçaram este trabalho:

1. A Constituição de 1988 manteve o modelo híbrido, combinando a fiscalização incidental, concreta e difusa com a fiscalização por via principal, abstrata e concentrada, tal como foi previsto na Emenda n. 16 de 1965. Entretanto, o Texto Maior instalou um conjunto de elementos que deu uma nova configuração ao nosso sistema de fiscalização constitucional, tais como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, principalmente, a ação direta de inconstitucionalidade, de modo que estes instrumentos criados para a proteção da Constituição inauguram na ordem constitucional um novo modo de atuação do controle de constitucionalidade.

2. Verificou-se, a partir de década de 90, a verticalização do controle de constitucionalidade concentrado e abstrato, veja-se: a) em 1993 foi editada a Emenda Constitucional n. 3 que inaugurou no nosso sistema de fiscalização duas novidades: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e os seus efeitos vinculantes; b) em 1999 foi publicada a Lei n. 9.868 que confirmou ainda mais essa tendência de fortalecimento do controle de matriz européia, pois conferiu ao sistema a extensão dos efeitos vinculantes também para a ADI e possibilitou a modulação dos efeitos temporais em sede de controle concentrado e abstrato; c) no mesmo ano a Lei n. 9.882 disciplinou a ADPF, ação do modelo concentrado de fiscalização, mas que tem como requisito uma situação concreta que afete a presunção de constitucionalidade ou de legitimidade do ato questionado. Assim, constata-se que o modelo misto previsto pelo constituinte originário vem cedendo espaço para um novo cenário de fiscalização de constitucionalidade, em que o papel principal tende a ser do controle abstrato.

3. Esta tendência de alargamento da fiscalização concentrada, e, por conseqüência, o enfraquecimento do controle de constitucionalidade difuso foi potencializado com a instituição de inovações legislativas e jurisprudenciais.

4. No âmbito das inovações legislativas, a Lei n. 9.756/98 apresentou a primeira grande novidade para o controle de constitucionalidade difuso, ao inserir o parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, que exime a avaliação da arguição de inconstitucionalidade pelo Plenário ou Órgão Especial quando o respectivo Tribunal já houver se pronunciado ou quando existir posicionamento sobre a questão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, outra inovação reside no *amicus curiae* pois, ainda que originalmente previsto para o exercício da fiscalização concentrada, pode existir também na via difusa, reforçando o estreitamento entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade. Além disso, a Emenda Constitucional n. 45 adicionou o §3º ao artigo 102, que instituiu requisito adicional para aferir admissibilidade de recurso extraordinário, qual seja: a *repercussão geral da questão constitucional discutida*. Este modo de apreciação do recurso extraordinário é mais um reflexo do alargamento da fiscalização abstrata e concentrada, pois, além de limitar o âmbito do controle difuso, uma vez que impede que o Supremo Tribunal Federal aprecie causas originárias das instâncias inferiores, atuando como um filtro recursal, a repercussão geral introduz uma análise abstrata no recurso extraordinário. Por fim, a Emenda Constitucional n. 45/2004 também introduziu a súmula vinculante no sistema brasileiro de jurisdição, que é vista pela doutrina como mais um ponto de verticalização do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, pois a partir da súmula vinculante, os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, transcenderão os casos singulares, sendo obrigatória a sua observação nos casos envolvendo a mesma tese jurídica, por todos os demais órgãos do Poder Judiciário e todo o Poder Público.

5. Na seara das inovações jurisprudenciais, este trabalho destacou julgados do Supremo Tribunal Federal que se tornaram referência na abordagem do recurso extraordinário, sendo possível, verificar, a partir deles, a intenção do Supremo em redefinir o papel deste recurso dentro do controle de constitucionalidade brasileiro, transformando-o num mecanismo não mais restrito à proteção de interesses subjetivos, mas sim de defesa da ordem constitucional, finalidade esta que se aproxima do objetivo da fiscalização abstrata na jurisdição constitucional. Outrossim, destacou-se a releitura que o Supremo Tribunal Federal tem feito sobre a previsão do artigo 52, X, da Constituição Federal que dispõe sobre a competência do Senado para suspender, no todo ou em parte, a execução da lei

declarada inconstitucional, de modo que, tem-se proposto a extensão subjetiva da decisão de inconstitucionalidade proferida em sede de fiscalização concreta pela Corte Maior, dispensando o ato senatorial que confere efeitos vinculantes e *erga omnes* a essa decisão, e atribuindo ao órgão legislativo a função de publicidade da decisão judicial da Suprema Corte. E, por fim, procurou-se analisar a inclinação da jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal, em adotar um instituto típico do controle abstrato à fiscalização concreta, qual seja, a modulação temporal dos efeitos da decisão.

6. A análise sobre o fenômeno da abstrativização do controle concreto foi finalizada com o estudo sobre dois casos que se tornaram referência na compreensão no estreitamento da fiscalização difusa e concreta: o Recurso Extraordinário n. 197.917-8/SP e a Reclamação n. 4335-5/AC.

7. A partir desta pontuação, cumpre ressaltar que a proposta desse trabalho é construir um estudo panorâmico sobre a atual problemática do estreitamento da fiscalização difusa e concreta de constitucionalidade. Isto é, cada item abarcado, devido a sua extensão e complexidade, poderia ser objeto de uma única investigação monográfica. Todavia, optou-se por fazer uma abordagem mais simples de cada tema, porém com o foco de oferecer uma visão maior sobre o fenômeno da abstrativização.

8. É preciso compreender que esse processo de transformação é analisado de forma crítica pela doutrina. Isto é, há doutrinadores que apresentam uma posição desfavorável à abstrativização por entenderem que está havendo uma verticalização no controle de constitucionalidade, com a concentração de forças no Supremo Tribunal Federal, deixando numa posição coadjuvante as nossas tradições republicanas, que está centrada no controle difuso. Para esta linha doutrinária, é essencial reconhecer a grandiosidade do nosso sistema, para protegê-lo e preservá-lo das tentativas autoritárias, que estão representadas pelo fortalecimento do controle concentrado até a eliminação do controle difuso. Em vistas disso, estar-se-ia apagando uma tradição secular de liberdade jurisdicional¹⁴⁹. Nesta seara,

¹⁴⁹ “O governo brasileiro, de modo deliberado, se esforça para aniquilar justamente o controle difuso da constitucionalidade, fórum pelo qual cada um de nós deve buscar seu direito em face da jurisdição ordinária. A legislação supracitada (art. 27 da Lei n. 9.868/99) enfeixa enormes poderes ao STF para ‘uniformizar’ a jurisprudência constitucional brasileira, tentando apagar uma tradição secular de liberdade jurisdicional”. (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 240.)

entende-se que o estudo do tema deve estar embasado em princípios democráticos, para que não haja um fechamento da jurisdição constitucional em nome de outros valores constitucionais, como a isonomia, a celeridade processual e a segurança jurídica.¹⁵⁰

9. A partir das considerações feitas ao longo deste trabalho, depreende-se que para o alcance das funções constitucionalmente previstas para os dois modelos de controle de constitucionalidade, é necessário buscar uma harmonia. Vale dizer, nenhuma posição absoluta levará ao cumprimento dos intentos constitucionais, de modo que o foco da questão não deve ser a manutenção de um sistema de controle de constitucionalidade, relegando o outro modelo a uma posição subjacente. Para a satisfação dos objetivos constitucionais o ponto central deve ser o aprimoramento dos dois modelos de fiscalização de constitucionalidade existentes no nosso ordenamento, que deve estar arraigado nos ideais de segurança jurídica, celeridade processual e isonomia, sendo imprescindível a garantia de canais abertos de discussão do que será melhor para o sistema, onde a democracia seja respeitada e a cidadania não se configure um privilégio.

¹⁵⁰ Nesse sentido defende Renato Stanzola Vieira: “o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade não deve ter a propriedade de substituir o controle concreto. Ainda que o traço que deva unir ambas as sistemáticas seja a observância da supremacia constitucional com vistas a proteção dos direitos fundamentais, há espaço jurídico que só é preenchido pelo sistema difuso e concreto de constitucionalidade e que, por tutelar direitos inatingíveis via mecanismos específicos da metodologia concentrada e abstrata, não deve ser esvaziado”. (VIEIRA, Renato. Stanzola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 239.)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARRUDA Alvim. **A emenda Constitucional 45 e a repercussão geral**. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim ET AL. (coord.). *Reforma Do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade**. O. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Modulação dos efeitos temporais de decisão que altera jurisprudência consolidada**. Quorum de deliberação. Parecer por solicitação do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Dr. Cezar Britto. Disponível em http://www.conjur.com.br/dl/parecer_barroso_cofins.pdf. Acesso em 07.09.2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM. Gustavo. **A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, janeiro, 2004. Disponível em www.direitodoestado.com.br. Acesso em 30 de julho de 2010.

_____. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro – Um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 7ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Constitucional Processual**. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro.** In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras Complementares em Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

DIDIER JR. Fredie. **Panorama sobre o novo sistema de controle difuso de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.** Texto de palestra proferida na Universidade Montesquieu Bourdeaux IV, Bourdeaux-França, em 19 de junho de 2008. Disponível em www.frediedidier.com.br. Acesso em 30 de julho de 2010.

GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mader. **A Jurisdição Constitucional na perspectiva da democracia deliberativa.** 581 páginas. Dissertação. Universidade Federal do Paraná, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

LOR, Encarnacion Alfonso. **Súmula Vinculante e repercussão geral: novos institutos de direito processual constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar. **Controle concentrado de constitucionalidade:** comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, Patrícia Perrone Campos. **Operando com súmulas e precedentes judiciais.** In: A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Luís Roberto barroso (org.), Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade.** Estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O controle de constitucionalidade no Brasil.** Disponível em www.gilmarmendes.com.br. Acesso em 21.07.2010.

_____. **O controle de Constitucionalidade: Uma análise das leis 9868/99 e 9882/99.** In Revista Diálogo Jurídico. Salvador, fev. 2002, n. 11, p. 5. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em 07.09.2010.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle De Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro:** aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso. **Comentário Textual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade.** In: *O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99.* org. SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Controle de Constitucionalidade : com as modificações introduzidas pelas leis ns. 9868/99 e 9882/99.** 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **Direito Processual Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Efeitos da decisão no mandado de injunção: cotejo com a ação civil pública e a ação popular.** In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 16. Número 65. Out-dez-2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimação da jurisdição constitucional.** Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em 04.04.2010.

TALAMINI, Eduardo. **Jurisdição Constitucional.** *No prelo.* Disponível: http://www.justen.com.br/pdfs/eduardo_22.pdf. Acesso em 10.08.2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito constitucional.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Perplexidades do Novo Instituto da súmula Vinculante no Direito Brasileiro.** *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE),* Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, 2007, p. 6-7. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede/asp. Acesso em 10.08.2010.

VIEIRA, Renato. Stanziola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Revista Dos Tribunais. 2001.